~~Cayet.° Rosina[illegible]~~

Digitized by Google

ARNOLDI
VINNII JC.
In Quatuor Libros
INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS
Academicus, & Forenſis.

JO. GOTTL. HEINECCIUS JC.

Recenſuit, & Præfationem Notulaſque adjecit.

TOMUS SECUNDUS.

VENETIIS, MDCCXL.

Ex Typographia Balleoniana.

SUPERIORUM PERMISSU, AC PRIVILEGIIS.

Q. 59.220

Digitized by Google

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII, J. C.

IN LIBRUM TERTIUM

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forenſis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.

DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO DEFERUNTUR.

Dig. Lib. 38. Tit. 16. C. Lib. 6. Tit. 55. & 58. Nov. 118.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DEcurſis omnibus ſupremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad inſtitutam de univerſitate bonorum acquirenda diſputationem. Ex quatuor hujus generis acquiſitionis modis, propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* cum primo explicandum ſuſcepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire verò nobis dixit vel ex teſtamento, vel ab inteſtato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus ſolùm tractavit, cujus ſemper prior & potior cauſa eſt, *l. 39. de acquir. hæred. l. 89. de reg. jur.* quod reliquum eſt ad tractationem iſtam abſolvendam, de hæreditate legitima, ſeu ea, quæ lege ab inteſtato defertur, pertexere prius voluit, quàm ad cæteros per univerſitatem acquirendi modos tranſitum faceret. Hæreditates, quæ ab inteſtato deferuntur, eædem paſſim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum ſibi proprium fecerunt, licet teſtamentaria quoque hæreditas dici poſſit lege obvenire, *l. lege. 130. de verb. ſign.* Sed illæ ſolæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediatè & proximè deferuntur à lege, & à lege ſola abſque voluntate defuncti: cùm teſtamentariam non ipſa lex deferat, ſed delatam à teſtatore confirmet dumtaxat, *d. l. 130.* Hinc etiam hæredes legitimi & teſtamentarii paſſim opponuntur, *l. 3. §. 2. pro ſoc. l. 17. §. 1. l. in plurium. 70. l. illud. 77. de acq. hær. l. 2. & tot. tit. de ſuis & legit. hær.* Succeditur ab inteſtato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum ſucceſſione tractat priore loco: deinde de ſucceſſione libertorum, & demum *tit.* 8. Hoc autem titulo ſolùm agitur de ſucceſſione deſcendentium ſive liberorum, quorum in cauſa ſucceſſionis legitimæ prima ſemper ratio habita. Cùm autem varia ſint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura ſuccedendi ab inteſtato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & ſtatim poſt deſcriptionem inteſtati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipſos liberos obtinebant, aut potius ſoli in cauſa ſucceſſionis liberi habebantur, ſui ſc. hæredes. Inde §. 9 tranſitur ad ſucceſſionem emancipatorum. Poſtea §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum diſcrimen veteris ex maſculis & fœminis deſcendentium tolli-

Na [illegible] tai.

tur. Quæ mutatio jure noviſſimo in ſucceſſione ab inteſtato facta ſit *Nov. 118.* in unoquoque ordine ſuccedentium, ſuo quæque loco indicabimus, ubi res id poſtulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus ſeorſum, adjectis inſtitutis patriis, poſt explicationem tituli de *ſucceſſ. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio inteſtati.

Inteſtatus decedit, qui aut omnino teſtamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum irritumve factum eſt; aut ſi ex eo nemo heres extiterit.

NOTÆ.

Inteſtatus decedit] Ex Ulpian. *l. 1. de ſuis & legit.* Inteſtatorum hæreditates nomen legitimatum ſibi proprium fecerunt, propterea quod immediatè à lege deferuntur, *l. 130. de verb. ſignif.* Impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habent, & ad hos etiam vox *inteſtatus* licet minus propriè refertur, *d. l. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *An appellatio inteſtati etiam ad pupillum, furioſum, prodigum, pertineat?*
2 *Appellatione rupti quid hic ſignificetur?*
3 *Quando ſucceſſioni ab inteſtato locus teſtamento irrito facto?*
4 *De teſtamento deſtituto.*

1 DEſcriptio eſt inteſtati, cui ſimilis Ulpiani in *l. 1. pr. de ſuis & legit, qui autem omnino teſtamentum non fecit.* Teſtamentum non feciſſe, atque inteſtato mortuus eſſe dicitur non ſolùm is, qui non fecit teſtamentum, cùm facere potuerit: verùm etiam is, qui cùm civis Rom. eſſet, & ſui juris, propter ætatem aliamve cauſam teſtari non potuit, ut pupillus, furioſus, prodigus, *d. l. 3. in pr.* quamvis, ſi quis captare velit verbum *inteſtatus*, non videantur hi propriè dici inteſtati: ſiquidem ubi habitus non eſt, non poteſt eſſe privatio. Sed cùm duo tantùm genera ſucceſſionum jus civile agnoſcat, ex teſtamento, & ab inteſtato; cui ſynonyma ex lege, & impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habeant; vox *inteſtatus*, ut forte minus propriè, ex ſententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, ſed pro negatione, quæ à Philoſophis *negans* dicitur. Adde, quod tametſi ipſi non poſſunt, poſſunt tamen parentes iis teſtamentum facere. Succeſſiorum impuberum ab inteſtato mentio eſt in *l. 4. §. 3. qui pet. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel ſingulis. 37. de vulg. & pup. l. 6. C. ad Tertyll. l. 10. C. de legit. hæred.* Quamobrem dubitandum non eſt, quin rectè ſentiant, qui cum Bart. in *d. l. 1. de ſuis & legit.* ſtatuta de ſucceſſione inteſtati loquentia ad ſupradictas quoque perſonas pertinere ſtatuunt. Conſule Forſter. *lib. 3. de hær. quæ ab int. c. 4.*

Non jure fecit] Puto quod legitimum numerum teſtium non adhibuerit, aliaſve ſolemnitates, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur, omiſerit; aut quod liberos, quos in poteſtate habebat, hæredes non inſtituerit, aut exhæredaverit, ſecundum ea, quæ tradita ſunt libro ſuperiore, *tit. de exhær. lib.*

Ruptum] Rumpi teſtamentum propriè dicitur, 2
cùm teſtatore manente in eodem ſtatu jus teſtamenti vitiatur, *§. 1. ſup. quib. mod. teſt. inf.* Ex duobus verò modis, quibus teſtamentum rumpi docemur, *l. 1. de injuſt. rupt. teſt. & d. §. 1. cum ſeq.* unus tantùm huc pertinet, agnatio ſui hæredis: nam mutatione voluntatis teſtatoris aliud teſtamentum poſtea facientis, etſi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non ſucceditur ab inteſtato, ſed hæreditas defertur ex poſteriori. Planè mutatio voluntatis, in qua teſtator ſubſiſtit, puta ſi tabulas teſtamenti inciderit, ſcripturam deleverit, cancellaverit, ſigna avulſerit, inteſtatum eum facit, *tit. de his quæ in teſt. del. l. 1. §. pen. ſi tab. teſt. null. ext. l. pen. C. de teſt.* Reſciſſo quoque teſtamento per querelam inofficioſi paterniam. inteſtatus fit: ac retroverſus perinde omnia habenda, ac ſi hæreditas numquam adita eſſet, *l. 6. §. 1. l. 21. § 2. de inoff. teſt. l. ut liberis. 17. C. de collat.* idemque eſt, ſi petita bonorum poſſeſſio contra tabulas, *d. l. ut liberis. 17.* De quo fortaſſis alibi diligentius.

Irritumve factum] Si teſtamentum irritum factum in ſpeciali ſignificatione accipimus, nempe pro teſtamento, quod per teſtatoris capitis deminutionem infirmatum eſt, quomodo fere accipi ſolet, cùm opponitur teſtamento rupto, *§. 4. & 5. ſup. quib. mod. teſt. inf. l. 12. de injuſt. rupt.* non video, quomodo id ad quæſtionem propoſitam applicari queat: nam capitis deminutione teſtatoris, qualiſcumque ea ſit, non tantùm irritum fit teſtamentum, quod antea factum eſt; ſed per eam etiam perſona teſtatoris in eum ſtatum deducitur, ut ſimul jus teſtamenti faciendi amittat atque adeo bona quoque ipſa, ut nec hæredem ab inteſtato habere poſſit. Quod ſi reſpicimus caſum, quo capite minuti, mutata iterum conditione, bona & hæredem habere poſſunt, veluti ſi deportatus beneficio Principis reſtitutus ſit, adrogatus ſui juris iterum factus, atque ita deceſſerint non condito novo teſtamento; ne ſic quidem pro inteſtatis habentur, ſaltem jure prætorio. Nam teſtituri quidem teſtamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convaleſcit, *l. 6. §. pen. de injuſt. rupt.* itemque ſui juris effecti, ſi codicillis aut aliis litteris declaraverit, ſe eo teſtamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen. § 2. de bon. poſſ. ſec. tab.* ut proinde 3
ſi verba, ut dictum eſt, ſtrictè accipimus, unus tantùm caſus relinquatur, qui huc accommodari poſſit, ſi is, qui ſui juris poſtea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non reſuſcitaverit. Quid ſi dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex teſtamento, quod ſemel irritum factum eſt, nullo caſu defertur? Sanè cau-

ſam

Digitized by Google

ſam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quàm locutus eſt Ulp. in *d. l. 1. de ſuis & leg. hær.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id teſtamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, §. 2. *ſup. quib. mod. teſt. inf. l. 9. de teſtam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfam. retroverſus inteſtatus deceſſiſſe intelligitur, *l. 64. de verbor. ſign.* Hoc autem caſu in ſpecie dicitur teſtamentum deſtitui aut deſeri, *§. 7. & 8. inſ. eod. §. 2. ſup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inſt.* nonnumquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1. de injuſt. rupt. l. 20. cont. tabb. l. 50. de man. teſt.* & tamen ab irrito ſtrictius accepto vocabulo diſtinguitur in *d. l. 1. de ſuis & leg. hær.* unde hic locus deſcriptus eſt. Itaque ſine cauſa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod deſtitutum teſtamentum hoc loco ſeparat ab irrito. In tranſitu obſervetur, etſi utroque modo fiat, ut inteſtatus deceſſiſſe quis intelligatur, & is, cujus teſtamentum poſt mortem deſeritur, & cujus teſtamentum ipſo adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu ſuccedendi inſignem inter hunc & illum modum eſſe differentiam: quam videbimus in §. *cum autem. 7. inf. eod. &* §. *proximus. 6. tit. ſeq.*

4

TEXTUS.

Primus ordo ſuccedentium ab inteſtato.

1. *Inteſtatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad ſuos hæredes pertinent.*

COMMENTARIUS.

1 NOn reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo, mortuo patrefamilias inteſtato, ſui hæredes nominatim ad ſucceſſionem vocentur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & ſeparatim de hac ſucceſſione caverint decemviri, *arg. §. 2. ſup. de hær. qual. & diff. l. 3. C. de ſuis & leg. lib.* & quidem mox immediatè poſt legem teſtamentariam: quod mihi non obſcurè oſtendere videtur caput legis de ſucceſſione agnatorum, quod extat apud Ulp. in *fragm. tit. 26.* in hæc verba: *At ſi inteſtatus moritur, cui ſuus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At ſi inteſtatus*, arguunt, paulo ante cautum fuiſſe de ſucceſſione teſtamentaria, confirmataſque defunctorum voluntates, data cuique patriſam. libera teſtandi poteſtate; quæ legis illa particula eſt relata his verbis à Pomponio in *l. 120. de verb. ſign. Uti quiſque legaſſit ſuæ rei, ita jus eſto*, & plenius à Cic. *lib. 2. de invent.* & Cornificio *lib. 1. Rhetor. ad Herenn.* Deinde verba ſequentia, *cui ſuus hæres nec extabit*, apertè oſtendunt, proximè præceſſiſſe & interjectum fuiſſe inter hoc & illud de teſtamentis caput de ſucceſſione ab inteſtato, & quidem quo ſui hæredis primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos ſuos hæredes duntaxat lex ſucceſſionem hanc pertinere voluerit, aliàs explicatum eſt, & fortaſſis nonnihil iterum de eo dicetur in ſequentibus. VINN. Proprio capite & ſingulari lege de ſucceſſione ſuorum egiſſe decemviros, non adeo expeditum eſt, idque merito negare videtur Gothofr. *ad LL. 12. Tabb. tab. 5. p. 204. ſequ.* Cæterum fundamentum totius ſucceſſionis legitimæ à decemviris ſtabilitæ eſt conſervatio gentium. Hinc eſt, quod quicumque non erant ejuſdem gentis, ab hæreditate legitima excluderentur. Succedebant itaque ſui, non emancipati, non in adoptionem dati, non illegitimi, quia hi omnes non erant pars familiæ paternæ. Poſt ſuos vocabantur agnati, & his deficientibus gentiles, non cognati, qui alterius erant gentis. Uxor, quæ in manum convenerat, defuncto ſuccedebat, quia particeps erat gentis & ſacrorum mariti, adeoque non vocabatur uxor, quæ in manum non convenerat, quippe alienæ gentis. Et hinc eſt, quod hæreditates legitimas veteres vocant GENTILITIAS, quaſi quæ ſoli defuncti genti debeantur. Loca veterum, quæ huc pertinent, jam collegit laudatus Gothofr. *ibid. p. 204.* Conf. omnino Ill. Bynkerſh. *Obſ. lib. 11. c. 1.* HEIN.

TEXTUS.

Qui ſunt ſui hæredes.

2. *Sui autem heredes exiſtimantur (ut ſupra diximus) qui in poteſtate morientis fuerint; veluti filius filiave, nepos neptiſve ex filio, pronepos proneptiſve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec intereſt, utrum naturales ſint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari neceſſe eſt etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non ſunt progeniti, curiis tamen civitatum dati ſecundum Divalium conſtitutionum, quæ ſuper his poſitæ ſunt, tenorem, heredum ſuorum jura nanciſcuntur. Nec non eos, quos noſtræ amplexæ ſunt conſtitutiones, per quas juſſimus, ut ſi quis mulierem in ſuo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos ſuſtulerit, poſtea vero affectione procedente, etiam nuptialia inſtrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non ſolum eos liberos, qui poſt dotem editi ſunt, juſtos & in poteſtate patris eſſe, ſed etiam anteriores, qui & iis, qui poſtea nati ſunt, occaſionem legitimi nominis præſtiterunt. Quod obtinere cenſuimus & ſi non progeniti fuerint poſt dotale inſtrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint ſubtracti. Ita demum tamen nepos neptiſve, pronepos proneptiſve ſuorum heredum numero ſunt, ſi præcedens perſona deſierit in*

poteſtate parentis, eſſe, ſive morte id acciderit; ſive alia ratione, veluti emancipatione. Nam ſi per id tempus, quo quis moritur, filius in poteſtate ejus ſit, nepos ex eo ſuus hæres eſſe non poteſt. Idque & in cæteris liberorum perſonis dictum intelligimus. Poſthumi quoque, qui ſi vivo patre nati eſſent, in poteſtate ejus futuri forent, ſui hæredes ſunt.

NOTÆ.

2. *Divalium conſtitutionum*] *l. 3. l. 4. C. de nat. lib.* add. *Nov. 89. c. 2.*

Noſtræ amplexæ conſtitutiones] *l. 10. l. 11. C. de nat. lib. §. ultim. ſup. de nupt.* add. *Nov. 74. Nov. 86. cap.* 8 Huc etiam pertinent legitimati per reſcriptum Principis, *dict. Nov. 89. cap. 9.*

Poſthumi, &c. in poteſtate ejus] Addendum, ſi nemo eos gradu præcedat, *§. pen. ſup. de tutel.*

COMMENTARIUS.

1 *Legitimati an ad Feudi ſucceſſionem admittantur?*

2 *Ceſſare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

HIc §. prolixus eſt, ſed planus 1 continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diverſis in locis tradita & illuſtrata ſunt, maximè in §. *ult. ſup. de nupt. §. 2. de exhær. lib. §. 2. de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere deſideret. Sui hæredes ita à nobis *d. § 2. de hær. qual.* definiti ſunt, liberi defuncti, qui in poteſtate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent; quæ definitio modis omnibus perfecta eſt, ut patet ex hoc textu, junct. *§. 7. inf. eod. l. 6. de injuſt. rupt. l. 7. unde lib.*

Pronepos proneptiſve] Ordo eſt, *pronepos proneptiſve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio*: hoc eſt, ex nepote, qui non ex filia, ſed ex filio ſuſceptus ſit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam ſequuntur, *l. familiæ. 196. §. 1. de verb. ſign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; ſed de eo nondum tempus eſt dicendi.

Nec intereſt, utrum naturales ſint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex juſto matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum ſignificationem eſſe, cùm opponuntur adoptivis, docuimus in *d. §. ult. de nupt.* Adoptivi in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato eadem conditione ſunt, qua naturales, non veteri ſolùm jure, *l. 1. §. 2. de ſuis & legit.* ſed etiam novo, ex conſtitutione Juſtiniani, qui jus ſuccedendi ab inteſtato integrum conſervavit etiam his, qui adoptati ſunt ab extraneo, *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Sed de horum ſucceſſione plura *inf. §. 13. & 14.*

Quibus connumerari, &c.] Recenſet hìc duos modos, quibus liberi extra nuptias quæſiti, cæterum nati ex concubina muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus ſuorum hæredum nanciſcuntur ex ſuis vel anteriorum Principum conſtitutionibus; ſi curiis oblati fuerint; ſi mater poſtea uxor ducta; & nimirum eos ipſos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimos effici & in poteſtate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus conceſſum legitimatis per reſcriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis poſtea acceſſit, *Nov. 74. & 89.* reviſe, quæ *ſupr. ad d. §. ult.*

Quod obtinere cenſuimus, etſi non progeniti] Cum conſtitutio Juſtiniani in *l. 10. C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta ſit, patri ſuo legitimos fieri voluit, ſtrictè à nonnullis accepta eſſet, quaſi eo tantùm caſu legitimos eos fieri Juſtinianus voluiſſet, quo ex matrimonio ſecuto quoque liberi nati forent, ſuperioribus fratres & ſorores, quod ex verbis conſtitutionis colligebant; Juſtinianus nova & ſpeciali conſtitutione mentem ſuam plenius expoſuit, atque expreſsè juſſit natos ante matrimonium etiam eo caſu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio poſtea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce ſublati. Extat conſtitutio in *l. 11. C. de natur. lib.* Hinc apparet, mendosè legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino reſtituendam eſſe lectionem ſic, ut ex Hotomanno eam illic reſtituimus. Jure feudali ad feudi ſucceſſionem ſoli videntur admitti, qui legitimè nati ſunt, excluſis 1 omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. verſ. naturales*. Vult. *1. feud. 9.* Sonsbec. *de feud. lib. 1. pag. 9. n. 72.* Hotoman. *ad d. verſ. naturales.* quamvis major pars interpretum excipiat legitimatos per ſubſequens matrimonium. Feudiſtæ poſt Andr. de Iſernia *in d. verſ. naturales*. Curt. *tract. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. num. 41.* Zaſ. *de feud. part.* 8. D. Tulden. *comm. hic cap.* 13. quo jure etiam nos utimur. Neoſtad. *cap. 5. de feud. Holl. ſucceſſ. n. 79.* Diſtinguunt quoque inter legitimationem Principis ſimplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, Curt. *d. loc. n. 39.* Zaſ. *ibid.* Borcholt. *de feud. cap. 7.* Sed de hoc item dictum ſub *§. ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptiſve] Quamvis ſemper filius, qui eſt in poteſtate, ſimul ſuus hæres ſit; in perſona tamen nepotis & cæterorum deſcendentium ſæpe contingit, ut in poteſtate ſint adſcendentium, nec tamen numerentur inter ſuos hæredes; puta ſi nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus ſui hæredis non ſufficit eſſe in poteſtate, niſi ſimul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc eſt, nemo te in tuo ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi cauſa, jus ſui hæredis conſequatur, neceſſe eſt primum filium de familia ſublatum eſſe: tunc autem ſtatim in patris ſui locum ſuccedit, & quaſi agnaſcendo jus ſui hæredis in familia avi nanciſcitur, de quo fuſius ſub §. 2. *de exhær. lib.* & §. 2. *de hær. qual.* Diſertè autem locutus eſt de nepo-

tibus

Digitized by Google

tibus & neptibus ex filio, omiſſis conſulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni naſcuntur, ita & manent matre ſublata. Poſtea tamen vocati ſunt ex conſtitutionibus, & ante agnatos admiſſi, §. *ult. inf. eod.* & pleniſſimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio ſuis hæredibus, *Nov.* 118. *c.* 1.

Sive alia ratione, veluti emancipatione] Sed hodie quoad effectum ſuccedendi nepotes in poteſtate retenti in locum patris ſui emancipati non ſuccedunt, aut jus ſuorum hæredum conſequuntur: verùm filius nepotem ex ſe natum ſemper excludit, *d. Nov.* 118. *c.* 1. ut nec amplius locus ſit
2 edicto *de conjug. cum emanc. lib.* Multoque magis obſtabunt nepotibus ex iis natis, quos dignitas de poteſtate patria exemit: quippe quibus jura ſuorum hæredum integra conſervari voluit Juſtinianus, *Nov.* 8. *c.* 2.

Poſthumi quoque] Poſthumi, qui vivo parente nati in ejus fuiſſent poteſtate, primumque gradum in familia obtinuiſſent, ſuorum hæredum numero ſunt, §. *penul. ſupr. de tutel.* ſicut & in aliis fere omnibus juris partibus, qui in utero ſunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l.* 7. *& pen. de ſtat. homin.* De diverſis poſthumorum generibus tractatum *ſup.* §. 1. *& ſeq. de exhær. lib. &* §. *poſthumo.* 26. *de legat.*

Textus.

Quomodo ſui hæredes fiunt.

3. *Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes, & licet furioſi ſint, hæredes poſſunt exiſtere: quia quibus ex cauſis ignorantibus nobis acquiritur, ex his cauſis & furioſis acquiri poteſt. Et ſtatim à morte parentis quaſi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus eſt pupillis, cùm etiam ignorantibus acquiratur ſuis heredibus hereditas: nec curatoris aſſenſu acquiritur furioſo, ſed ipſo jure.*

Notæ.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipſo jure, *l.* 14. *de ſuis & legit.* fac. *l.* 1. §. 7. *ſi quis om ca. teſt.* cujus rei effectum cernere eſt in *l.* 3. *C. de jur. delib.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abſtinendi habent, §. 2. *ſup. de hær. qual.*

Continuatur dominium] *l.* 11. *de lib. & poſthum.* vid. *ſup. d.* §. 2. *de hær. qual.* non tamen poſſeſſio, *l.* 23. *de acq. poſſ.* facit *l.* 19. *ex quibus ca. maj.*

Commentarius.

1 *An uti dominium, ita & poſſeſſio rerum hæreditariarum ſuis hæredibus continuetur?*

Hoc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata ſunt §. 2. *de hæred. qual.* Ait *ignorantes*. Sui hæredes ipſo jure, *id eſt*, ſine ullo ſuo facto aut voluntate, ſola juris poteſtate hæredes fiunt: & ideo non, ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, ſed hæredes exiſtere, *l.* 14. *de ſuis & legit. hæred.* Quo jure poſito conſequens eſt, ut hæredes exiſtant etiam ignorantes, atque hinc ſi quis ex ſuis hæredibus patri ſuperſtes deceſſerit, quamvis ignorans patrem deceſſiſſe, nihilominus tamen hæreditatem patris ut jam poteſtate juris quæſitam, ad quoſcumque hæredes tranſmittit, *l.* 3. *Cod. de jur. delib.* Quin etiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de cauſa neceſſarii quoque hæredes appellantur, *d.* §. 2. cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abſtinendi habent, *d.* §. 2. & tamen poſt abſtentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud; non eſt ſine hærede, qui ſuum hæredem habet, licet abſtinentem ſe, *l. cum quaſi.* 30. §. *ſed etſi.* 10. *de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d.* §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes eſſe voluntarios.

Et licet furioſi] *l. furioſus.* 63. *de acqu. hær. l. ult.* §. 2. *C. de cur. fur.* Hoc autem & ipſum ex jure ſuperiore neceſſario ſequitur: quia, ut ait, quibus ex cauſis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri poteſt & furioſis: quod & alibi traditum, *l.* 12. *de reb. cred. l.* 24. *de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli eſt. Paul. *apud Ruffinum tit. de legit. ſucceſſ.*

A morte parentum continuatur dominium] Suis non tam acquiritur hæreditas, quàm dominium continuatur, *l.* 11. *de lib. & poſth.* Ob eam enim cauſam ſui dicuntur, quod non alienarum, ſed ſuarum quodammodo rerum hæredes eſſe videantur: quippe ſuus hæres patri vivo quaſi cohæres & communium bonorum ſocius eſt, ut illo mortuo, non novum acquirat dominium, ſed quod prius cœptum erat, tunc plenius habere incipiat, *d. l.* 11. *d.* §. 2. *de hær. qual.* cùmque ipſo mortis momento ſtatim hæres exiſtat, *l.* 7. §. *qui ſunt.* 7. *ſi quis. om. ca. teſt.* jacere hæreditas numquam dici poteſt: pulcherrimè Hotom. 9. *obſerv.* 10. Cæterum non ut rerum hæreditariarum dominium, ita & poſſeſſio ſuis hæredibus continuatur: quoniam poſſeſſio, cùm facti ſit, citra naturalem rei apprehenſionem non acquiritur, *l.* 1. §. 3. *l.* 3. §. 1. *l.* 8. *de acq. poſſ. l.* 19. *ex quibus ca. maj.* Et quod traditum eſt in *l. cum hæredes.* 23. *de acq. poſſ.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem tranſire, poſſeſſionem verò non tranſire, niſi naturaliter apprehenſa ſit: id non magis ad extraneos pertinet quàm ad ſuos hæredes. Nam ut concedamus, exiſtentiam in ſuis hæredibus parem vim habere cum aditione in extraneis, majorem tamen vim ei ineſſe putare & fortius operari, valde abſurdum eſt. Immo eamdem prorſus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in ſuis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles.* 30. *ex quibus ca. maj.* apud Paulum ſcri-

Digitized by Google

ptum eſt, poſſeſſionem defuncti quaſi junctam deſcendere ad hæredem: de effectu enim uſucapiendi loquitur: quod quoad hunc effectum, qui ſine poſſeſſione nullus eſt, *l. 25. de uſuc.* ipſa ſimul poſſeſſio tranſire videatur, propterea quod tempora poſſeſſionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut uſucapio nunquam interrupta videatur, *l. numquam. 31. §. penult. d. tit.* Alioqui contra jus expreſſum inferri poſſet, etiam hæreditatem jacentem poſſidere, quoniam uſucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri poteſt, *l. cœptam. 40. de uſuc.* Illud nimis jejunum eſt, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri ſine poſſeſſione: nam hoc ad modos acquirendi, qui ſunt ex jure gentium, pertinet: in civilibus autem acquiſitionibus non eſt perpetuum, *l. à Titio. 64. de furt. l. 19. §. 1. quemad. ſerv. am.* add. Vigl. *ad d. §. 2. de hær. qual.* Gail. 2. *obſ.* 129. Mynſin. 3. *obſerv.* 38. Anton. Fab. *C. ſuo de inoff. teſtam. defin.* 4. Chriſtin. *vol. 2. deciſ.* 26. In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort ſaiſit le vif.* Tiraquel. *in iſto tractat.* Chaſſan. *de ſucceſſ. rubr.* 7. §. 1. VINN. Elegans ratio, cur poſſeſſio ad hæredes non tranſeat, redditur in *l. 1. §. 15. ff. ſi quis teſtam. liber. eſſe juſſ.* quia videlicet ea tantum, quæ hæreditatis ſunt, in hæredem transfunduntur: poſſeſſio autem hæreditatis eſſe negatur. HEIN.

Nec tutoris auctoritate] Hoc quoque conſectarium, ut & quod mox ſequitur, ex eadem juris ratione eſt. In extranei hæreditate contra obſervatur: quippe quam pupillus ſibi delatam adeundo acquirere non poteſt ſine tutoris auctoritate, *l. 9. l. pupillum. 49 de acquir. hæredit.* etiamſi perſpicuè lucroſa ſit, neque ullum ab aditione periculum immineat, *l. 9 §. 3. de auct. tut. §. 1. ſupra eodem tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognoſces obiter ex *leg. ſervo. 65. §. 3. ad ſenat. Trebel. leg. 18. Cod. de jur. deliber.* tractatio non eſt hujus loci.

Nec curatoris aſſenſu furioſo] Immo nihil curatoris aſſenſu furioſo acquiri poteſt; ac proinde nec hæreditas extranei: cùm per rerum naturam fieri non poſſit, ut conſenſus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas eſt. Sed nec ipſe curator nomine furioſi hæreditatem jure civili adire poteſt. Planè poteſt, ſi velit bonorum poſſeſſionem nomine furioſi agnoſcere, *leg. 1. de bon. poſſeſſ. fur.* immo ex conſtitutione Juſtiniani etiam debet, ubi manifeſta eſt furioſi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

TEXTUS.

De filio poſt mortem patris ab hoſtibus reverſo.

4. *Interdum autem, licet in poteſtate parentis mortis tempore ſuus hæres non fuerit, tamen ſuus hæres parenti efficitur; veluti ſi ab hoſtibus quis reverſus fuerit poſt mortem patris ſui: jus enim poſtliminii hoc facit.*

COMMENTARIUS.

LIcet in poteſtate parentis, &c. non fuerit] Reſpicit ad id, quod dixit initio §. 2. ſuos hæredes eſſe liberos, qui in poteſtate ſunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit caſum, quo filius ab hoſtibus captus poſt mortem patris revertitur. At enim ſi fictionem poſtliminii conſideramus; nulla hic exceptio eſt: nam cùm poſtliminium fingat, eum, qui ad ſuos reverſus eſt, ſemper in civitate fuiſſe; ſecundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in poteſtate fuit. Verùm Imperator excipiendo ſpectavit rei veritatem: revera enim ſuus hæres non eſt, nec in poteſtate morientis patris, qui eo tempore in poteſtate eſt hoſtium. Sic & filius ejus, qui apud hoſtes deceſſit, invitus hæreditati obligatur: quamvis ſuus hæres dici non poſſit (ut ait Juriſconſultus, *l. 12. qui teſt. fac.*) qui in poteſtate morientis non fuit: & tamen hic etiam in poteſtate & ſuus hæres eſt, ex lege Cornelia, quæ fingit; captum ipſo momento captivitatis mortuum, & in civitate.

Jus enim poſtliminii] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. Cod. de poſtlim. rev.* ſed abuſio eſt nominum legis Corneliæ pro juris poſtliminii; niſi ſit *ἁμάρτημα μνημονικόν*.

TEXTUS.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc èvenit, ut licet quis in familia defuncti ſit mortis tempore; tamen ſuus hæres non fiat: veluti ſi poſt mortem ſuam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non poteſt, cum fiſcus ei ſuccedat: ſed poteſt dici, ipſo quidem jure ſuum hæredem eſſe, ſed deſinere.*

COMMENTARIUS.

CAſus ſuperiori contrarius, quo ſcilicet fit, ut qui mortis tempore in poteſtate defuncti eſt, & proximum in familia gradum obtinet, ſuus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, ſi pater poſt mortem ſuam perduellionis reus judicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit *l. 1. §. 3. de ſuis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius ſuus hæres excluditur, fiſco prælato; ut puta ſi perduellionis fuerit damnatus pater poſt mortem ſuam.* Baſil. 45. *tit.* 1. [illegible] *τυραννίδι κατακριθῇ*.

Poſt mortem] Speciale eſt in crimine perduellionis quod accuſatio & cognitio cœpta etiam poſt mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina

mina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum perſecutio, *l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. ſi reus vel accuſ. mort.* Quid interſit inter crimen majeſtatis & perduellionis, demonſtrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata] Gravius & ſeverius eſt, memoriam alicujus damnari, quàm perſecutionem criminis poſt mortem durare. Perſecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus repetundarum, de reſiduis, *l. ex judicio. rum. 20. de accuſ. l. ult. ad leg. Jul. pecul.* At memoria rei damnatur in ſolo judicio perduellionis, lata in ipſum mortuum ſententia, per quam, quaſi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Jul. maj.*

Suum hæredem eſſe, ſed deſinere] Patre mortis ſuæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non poteſt non ſuus hæres eſſe, cùm, ut dictum eſt, ſtatim à tempore mortis hæreditas ſuis hæredibus acquiratur: ſed quia tempus ſententiæ & ſecutæ poſtea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admiſſi criminis, fit, ut jus ſuitatis extinguatur, aut potius perinde habendum ſit, ac ſi mortis tempore ſuus hæres non fuiſſet, & jam à die contracti criminis deſiiſſet eſſe in poteſtate, *arg. l. 15. l. donationes. 31. §. ult. de donat. l. ultim. ad leg. Jul. maj.*

TEXTUS.

De diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes.

6. *Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptiſve exiſtunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, ne qui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit. Æquum enim eſſe videtur, nepotes neptesve in patris ſui locum ſuccedere. Pari ratione & ſi nepos neptiſve ſit ex filio, & ex nepote pronepos proneptiſve, ſimul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in parentis ſui locum ſuccedere, conveniens eſſe viſum eſt, non in capita, ſed in ſtirpes, hæreditatem dividi: ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item ſi ex duobus filiis nepotes neptesve exiſtant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit in capita, quid in ſtirpes ſuccedere?*
2 *Succeſſionis in ſtirpes jure veteri uſum tantùm inter ſuos hæredes fuiſſe, & hujus ſucceſſionis ratio.*
3 *Quatenus hæc ſucceſſio procedente tempore extenſa?*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat?*
5 *Illuſtratur aliis quibuſdam exemplis.*
6 *Etiam ubi ſoli ſunt nepotes ex diverſis filiis, in ſtirpes familiam erciſci.*

Locus eſt notabilis, in quo agitur de ratione ſuccedendi & diviſione hæreditatis inter ſuos hæredes primi & ſequentium graduum. Deſcriptus autem eſt ex Cajo *lib. 3. Inſtit.* apud Rufin. *tit. de legit. ſucceſſ.* Omnis ab inteſtato 1
ſucceſſio aut eſt in capita aut in ſtirpes. In capita, [illegible] ſuccedi dicitur, cùm in tot partes hæreditas dividitur, quot ſunt capita ſive perſonæ ſuccedentium: in ſtirpes, [illegible], cùm pro numero ſtirpium ſecatur; ut qui ſunt ex una ſtirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantùm, partem alteram. Capita ſunt perſonæ unius aut plurium ſtirpium. Stirpes ſunt generis origines; veluti filius eſt ſtirps nepotum, nepos ſtirps pronepotum. In capita toties ſucceditur, quoties perſonæ ſuccedentium proprio jure & ex ſua perſona veniunt: in ſtirpes, cùm veniunt jure repræſentationis, id eſt, ex perſona ejus, in cujus jus & locum ſucceſſerunt. Et ſucceſ- 2
ſionis quidem in ſtirpes jure veteri inter deſcendentes tantùm eoſque deſcendentium ſolos uſus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus ſucceſſione agebatur, poteſtate & familia proximi mortis tempore inventi eſſent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatiſve, *l. 1. §. 4. de ſuis & legit. hæred. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8. §. quoniam. 8. de inoff. teſtam.* Ulpian. *tit. 26. §. 1.* Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 1.* Etenim ratio ſuccedendi in ſtirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota eſt ex jure ſingulari ſuorum hæredum: nec aliud fundamentum habet, quàm quod filiifam. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti ſunt, *l. 11. de lib. & poſth. §. 2. ſup. de hær. qual.* & jam hæredes [illegible]: quodque hinc filio è familia patris ſublato, ſtatim nepotes ex eo in locum ejus & gradum ſuccedunt, & jus ſui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quaſi perſona ejus induta in familia avi nanciſcuntur, *d. l. 1. §. 4. de ſuis & legit. §. 2. ſup. de exher. lib. l. 13. de injuſt. rupt.* Hoc ſiquidem jure conſtituto, conſequens omnino eſt, ut nepotes & deinceps ex maſculis deſcendentes in ſucceſſione avi ab inteſtato & cæterorum per patrem adſcendentium in ſtirpes veniant, ut qui ſunt ex una ſtirpe, licet plures numero, non amplius conſequantur quàm parens eorum, cujus perſonam repræſentant, laturus fuiſſet, & quam capiunt ex alia ſtirpe forte pauciores, *d. l. 8. §. quoniam. 8. de inoff. teſt. d. l. 2. C. de ſuis & legit. lib.* Cæterum poſtquam exemplum ſuorum hæredum matris 3
etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in ſucceſ-

ſione

ſione parentum exæquata, placuit & hìc quoque eamdem rationem in diviſione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum ſervari, §. *ult. ſub fin. l.* 9. *C. de ſuis & leg. lib. Nov.* 118. *cap.* 1. In linea quoque collaterali fratrum & ſororum filii jure repræſentationis ſeu in ſtirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Juſtiniani conſtitutione 118. *cap.* 3.

4 *Nec qui gradu proximior, ulteriorem excludit*] Quem tamen excluderet, niſi ulteriorem placeret in locum patris ſuccedere, & jure repræſentationis quaſi eodem gradu cum proximiore exiſtentem ad ſucceſſionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum ſit, quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate patrium hæreditatis, in quas ſuccedıtur, ſed de pari ac æquali jure ſucceſſionis, quod ſcilicet nepotes etiam locum patris ingreſſi, ut ſui hæredes, & ideo æquali jure & pariter ſive ſimul cum patruis ſuis ad ſucceſſionem avi vocentur, *l.* 3. *C. de ſuis & leg. lib.* Quod autem in ſpecie illic propoſita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet; ex accidenti eſt, ubi nepos ex uno filio & alter filius ſoli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptiſve] Et pari item ratione ſi ſit ex nepote pronepos proneptiſve, & ex altero pronepote abnepos vel abneptis, ſimul vocabuntur. Nam jus repræſentationis intra certum deſcendentium gradum concluſum non eſt, per *l.* 1. §. *liberos.* 7. *de conjug. cum emanc. lib. Nov.* 118. *c.* 1. Nec aliud hoc loco propoſitum Juſtiniano fuit, quàm exemplis, quæ forte hìc attulit, declarare, quomodo remoriores concurrentes cum proximioribus ſuccedant: quæ & communis eſt interpretum noſtrorum ſententia, vid. Gomez. 1. *var. reſol. cap.* 1. *n.* 15. Schrad. *de feud. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 41.

5 *In parentis ſui locum ſuccedere*] Ratio ſucceſſionis in ſtirpes: quæ modò à nobis fusè explicata eſt. Ait, *ex altero filio duo pluresve*: quare & ſi unus tantùm ſit filius, & ex altero filio ſex nepotes, ille unus integrum ſemiſſem hæreditatis, & tantum ſolus, quantum nepotes omnes habebit. Quod ſi plures ſint filii, ſinguli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo univerſi. Et convenienter, ſi duo aut plures ſint nepotes ex diverſis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes univerſi non plus ferent, quàm nepotum ſinguli. Quibus caſibus mixta eſt ſucceſſio. Obſervandum autem eſt, non minus neptes ex filio, quàm nepotes in locum parentum ſuccedere, *l.* 1. §. *non minus.* 6. *de ſuis & leg.*

6 *Item ſi ex duobus filiis nepotes*] Exemplum ſimplicis ſucceſſionis in ſtirpes, cùm ſoli ſunt nepotes ex diverſis filiis: & hoc caſu maximè eſt conſpicua vis repræſentationis, quæ ex jure ſuitatis primam traxit originem. Licèt enim omnes hìc pari gradu ſint, ut proprio ſinguli jure ſuccedere poſſe videantur; tamen poſtquam ſemel placuit, nepotes in locum patris ſui demortui aliave ratione exuti jure ſui hæredis, ſuccedere, non debet hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut ſoli nepotes ex diverſis filiis, & numero inæquales, ſeu pauciores cum pluribus ex hac vel illa ſtirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l.* 2. *C. de ſuis & legit. hæred.* Quare ſic in univerſum rectè definies, deſcendentes ex maſculis omnes, qui ſunt diverſarum ſtirpium, quantumvis ejuſdem omnes gradus, in ſtirpes, non in capita ſuccedere.

TEXTUS.

Quo tempore ſuitas ſpectatur.

7. *Cum autem quæritur, an quis ſuus hæres exiſtere poſſit, eo tempore quærendum eſt, quo certum eſt aliquem ſine teſtamento deceſſiſſe: quod accidit & deſtituto teſtamento. Hac ratione ſi filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres inſtitutus, & filio mortuo poſtea certum fuerit, hæredem inſtitutum ex teſtamento non fieri hæredem, aut quia noluit eſſe hæres, aut quia non potuit, nepos avo ſuus hæres exiſtet: quia quo tempore certum eſt inteſtatum deceſſiſſe patremfamilias, ſolus invenitur nepos, & hoc certum eſt.*

NOTÆ.

7. *Deſtituto teſtamento*] Eo quod nemo hæres ex eo exiiterit: quæ deſtitutio paremfam. ex eo tempore inteſtatum facit, *l.* 1. *de ſuis & leg.* Extra hunc caſum idem ſemper eſt tempus mortis & delatæ hæreditatis.

Nepos avo ſuus hæres] Nec obſtat, quod filius patri ſuperſtes fuit; quia filio non eſt delata hæreditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab inteſtato *d. l.* 1. § 8. *de ſuis & leg.* junct. *l.* 39. *de acq. hær.*

COMMENTARIUS.

1 & 3. *Quando quæſtioni propoſitæ locus?*
2 *Plura exempla huc pertinentia.*
4 *Removentur quæ hìc objici poſſe videntur.*

Etſi certum eſt, in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato primum locum obtinere ſuos hæredes, tractari tamen poteſt, quo tempore inſpiciendum ſit, an aliquis ſuus hæres exiſtere poſſit, mortiſne defuncti tantùm, an etiam alias delatæ ab inteſtato hæreditatis? Enimverò hæc 1
quæſtio locum habere non poteſt, cùm nullum teſtamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo caſu palam eſt, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non ſeparari: ac ne tunc quidem, cùm teſtamentum factum eſt, ſed vivo adhuc teſtatore vitiatum aut deſtructum: nam hìc quoque neceſſe eſt, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat teſtamentum, concurrat. At locum

habet

Digitized by Google

habet in caſu teſtamenti deſtituti, hoc eſt, cùm in irritum conſtituitur teſtamentum, quod jure factum erat, poſt mortem teſtatoris, eo quod hæres ſcriptus ex teſtamento hæreditatem non adierit. Cùm enim lex hæreditatem nemini deferat ab inteſtato, quamdiu ea ex teſtamento adiri poteſt, *l. quamdiu. 39. de acq. hær.* hìc jam tractationi propoſitæ locus fit, utrum cum quæritur, an ut quis tamquam ſuus hæres ſuccedere poſſit, inſpiciendum ſit tempus mortis teſtatoris, quo adhuc ſua vis teſtamento conſtat, an tempus teſtamenti deſerti, ut ſufficiat vel eo tempore ſuum eſſe, quo hæreditas ab inteſtato deferri ſeu certum eſſe incipit, defunctum inteſtatum deceſſiſſe, neminemque ei ex teſtamento hæredem fore: quod poſterius placuit, *l. 1. §. ſciendum. 8. de ſuis & leg. l. 6. in pr. verſ. planè. de injuſt. rupt. l 7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut ſuus hæres exiſtat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, deceſſit, ſuus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hìc declaratur, videlicet ſi paterfam. teſtamento facto deceſſerit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & poſt exhæredati mortem contingat inſtitutum hæredem non eſſe: hoc enim caſu nepotem avo ſuum hæredem exiſtere: quo exemplo etiam utitur Ulp. *d. l. 1. §. ſciendum. 8. de ſuis & leg.* &
2 Papin. *d. l. 7. unde liber.* Aliud & ſimile habemus apud Theophilum, ſi filius exhæredatus, extraneo ſub conditione inſtituto, pendente conditione deceſſerit, & poſtea defecerit conditio. Ulp. *d. l. 1. §. ſciendum. 8.* etiam exemplum affert in filio ſub conditione, quæ fuit in arbitrio ipſius, inſtituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum ſucceſſionis hujus quæſtionis uſus eſt, cùm diſputatur, quo tempore ſpectanda proximitas, *§. proximus. 6. ſeq. tit.*

Quod accidit & deſtituto teſtamento] Id eſt, cùm ex teſtamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres inſtitutus hæres eſſe noluit, vel quia non potuit, ut ſtatim ſequitur: quæ deſtitutio ex eo tempore patremfam. tam inteſtatum facit, quàm ſi aut nullo facto teſtamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato deceſſiſſet, *ſup. in pr. eod. d. l. 1. de ſuis & leg. hær. l. 1. de injuſt. rupt. teſt.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres in-
3 *ſtitutus, & filio mortuo*] Ait *exhæredatus*; nam ut valeat teſtamentum, quo filius ipſe non inſtituitur, exhæredatum eum nominatim eſſe oportet, *l. propen. de lib. & poſt. ſup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante forte hærede inſtituto, *d. l. 1. §. ſciendum. 8. de ſuis & leg. hær. d. l. 7. unde liberi.* Neceſſe autem eſt, ut quæſtioni locus ſit, filium medio tempore deceſſiſſe; alioqui ipſe deſerto teſtamento ſuus hæres patri exiſtet, *l. filium. 20. de bonor. poſſ. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & rectè, alioqui ipſe nepos prorſus patris locum occuparet, atque ipſo ſtatim jure everteret teſtamentum avi: Vid. noſtra ad *§. non ſolum. 4. ſup. de pup. ſubſt.*

Aut quia non potuit] Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus ſit, aut cùm ſub conditione hæres inſtitutus eſſet, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo, manet ſepultum jus nepotis.

Nepos ſuus hæres exiſtit] Nec obſtabit nepoti, quod filius exhæredatus ſuo ſuperſtes fuit: quia filio non eſt delata hæreditas: quæ ratio redditur in *d. l. 1. §. ſciendum. 8. de ſuis & legit.* ſignificatur in *l. 6. pr. verſ. planè de injuſt. rupt. & d. l. 7. unde lib.* ac ſimul remo- 4
vet, quod objici poſſet, quamquam ejuſdem poteſtatis eſt, in ſuis hæredibus ſucceſſionem non eſſe, videlicet quia iſti regulæ tunc locus eſt, quando quæſtio eſt de nepote, ut ſuo hærede admittendo poſt delatam filio hæreditatem, *d. l. 1. §. ſciendum. 8.* An jure civili hodierno in deſcendentibus locus ſit edicto ſucceſſorio, difficilis & intricata quæſtio eſt, quæ fusè tractatur à Bart. Bald. Salic. Caſtr. *in l. 3. C. unde liberi.*

Textus.

De nato poſt mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. *Et licet poſt mortem avi natus ſit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, poſteaque deſerto avi teſtamento, ſuus hæres efficitur. Planè ſi conceptus & natus fuerit poſt mortem avi, mortuo patre ſuo, deſertoque poſtea avi teſtamento, ſuus hæres avo non exiſtet: quia nullo jure cognationis patrem ſui patris attigit. Sed nec ille eſt inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non ſint ſui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, quaſi proximi cognati. Hæc de ſuis hæredibus.*

Commentarius.

1 *Species, & cur in ea filius non obſtet nepoti, aut nepos non rumpat?*
2 *Conceptum & natum poſt mortem avi huc non pertinere, & quare?*
3 *De adoptato à filio emancipato.*
4 *Amplius de concepto, & nato poſt mortem avi.*

Poſt mortem avi natus, tamen vivo conceptus.] 1
Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quamdam continens ampliationem; nempe ſi quis filio exhæredato nuru prægnante deceſſerit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres inſtitutus omiſerit hæreditatem. Hìc quoniam qui in utero ſunt, cùm de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, *l. 7. l. pen. de ſtat. hom. l. 7. de ſuis & legit.* placet, hunc nepotem, licet natum poſt

Digitized by Google

poſt avi mortem, non minus quàm ſi ante natus fuiſſet, avo ſuo ab inteſtato hæredem fore: neque magis obſtare nepoti filium, quàm in caſu præcedenti, propter eamdem rationem, quia filio non eſt delata hæreditas, ut qui mortuus ſit eo tempore, quo adhuc ex teſtamento adiri poterat. Cur verò hic nepos poſthumus non rumpit agnaſcendo? Nimirum quia agnaſcendo is ſolus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Juriſconſultus in *l.6. pr. verſ. planè. de injuſt. rupt.*

2 *Planè ſi & conceptus & natus*] Quod dictum eſt *§. præc.* nepotem avo ſuo hæredem exiſtere poſſe, qui tempore mortis ſuus non erat, modo ſolus inveniatur tempore deſtituti teſtamenti, hoc nunc ſic reſtringit, ut dicat, id locum habere, cùm tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut ſaltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in *l. 1. §. ſciendum. 8. de ſuis & leg.* de nepote verò concepto poſt avi mortem ait, nunc nepotem, mortuo patre ſuo, non poſſe deſerto teſtamento ſuum hæredem avo exiſtere. Et addit rationem, quia nullo jure cognationis patrem ſui patris attigit. Ratio generalis, ex qua conſequitur, nec poſſe cum ullo alio jure ſuccedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum poſſeſſionem admitti: quod etiam in calce expreſſum eſt, & pluribus locis apertiſſimè traditum. Sed de eo vid.bimus poſtea.

3 *Quem filius emancipatus adoptavit*] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non eſt, *l. 26. de adopt.* ratio perſpicua eſt, quia per emancipationem filius agnatus eſſe deſiit; & ita jus conſtitutum eſt, ut adoptati his tantùm, quibus agnaſcuntur, cognati fiant, *l.23. eod. tit.* ut mirum non ſit, mortuo filio emancipato, non poſſe adoptivum illum vel tamquam ſuum vel tamquam inter liberos hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum poſitum eſſe loco alieno. Sed videtur Juſtinianus qualiquali ſimilitudine illuſtrare voluiſſe, quod dixerat de nepote concepto poſt mortem avi.

Cùm non ſint ſui] Vocem *ſuus* delendam eſſe Contius & Hotomannus exiſtimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem eſſe, nedum liberos. Sed non placet nimia iſta ſcrupuloſitas In examinandis verbis conditorum juris. Et cur verò vox iſta retineri non poſſet? Per occaſionem dumtaxat, ut probet, ſuos non eſſe, ne cognatos quidem eſſe ait: cæterum tota diſputatio ex profeſſo de ſuis hæredibus inſtituta eſt, ut ipſe Juſtinianus teſtatur in extremo hujus §.

Quantum ad hæreditatem] Rectè quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, cauſis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam poſt mortem avi concepti pro liberis habentur: & ſunt ſanè ſanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo deſcendunt, *l. 1. §. pen. de ſuis & leg.* Quod ſuccedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus. 47. §.3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteuſim acceptam pro deſcendentibus, item ad jus retractus. D. Tuld. *comm. hic cap. 4.*

Neque bonorum poſſeſſionem petere quaſi proximi cognati] Sicut is, qui poſt mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tamquam ſuus hæres, ita nec bonorum poſſeſſionem tamquam cognatus accipere poteſt, quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur, qui vivo eo eſt conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *l. 6. cum 2. ſeqq. de ſuis & legit. l. 6. in pr. verſ. planè. de injuſt. rupt. l. 1. §. ſi quis. 8. unde cogn.* Quare quod dictum ſupra eſt, nepotem qui tempore deſerti teſtamenti ſolus & proximus invenitur, avo ſuum hæredem exiſtere, hoc ſic eſt intelligendum, ſi & remoto mortis tempore obſtaculo, aut teſtamento non facto, & nemine eum tunc præcedente, ſtatim jus ſuccedendi habuiſſet; quod habere non poteſt, qui moriente avo in rebus humanis non eſt. Quod verò nepotes cognati appellantur etiam eorum, poſt quorum mortem concepti ſunt; id Julianus ſcribit non propriè, ſed per abuſionem, vel potius ἀναφορικῶς accidere, *l. 8. de ſuis & legit. hær.* Pileus, ut refert Accurſus hìc, putavit, nunc etiam poſſe hinc nepotem ſuo jure ſuccedere, ex *Nov.* 118. *c.* 1. ſed contraria Joannis ſententia pluribus probata eſt, teſtibus Joan. Fab. & Angel. *hìc*. Sanè *d. Nov.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote, qua tantùm tollitur differentia ſexus, gradus, & poteſtatis, add. Bach. in Treutl. *vol.2. diſp. 16. theſ. 1.* D. Tulden. *in tit. C. de ſuis & legit. n. 4. & d. cap. 4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum eſſe ait, propoſito Juſtiniani, qui omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ redigere ſtudet, maximè conſentaneum eſſe, ut hoc quoque emendatum voluerit: cæterum cùm id expreſſè non fecerit, hujuſmodi caſu eveniente opus eſſe remedio principali per *l. 2. de reb. eor. qui ſub tut.* VINN. Poteſt tamen nepos, etiam poſt avi mortem conceptus & editus, bonorum poſſeſſionem contra tabulas liberti aviti petere, quia licet non ſit avo agnatus, eſt tamen liberti aviti patronus, eoque jure ad hujus ſucceſſionem vocatur. *l. 47. §. pen. ff. de bon. libert.* Vid. Balduin. & Giphan. *ad h. §.* HEIN.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim ſui hæredes ſunt, qui in poteſtate morientis eſſe deſierunt, neque

neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionem unde liberi, perinde, ac ſi in poteſtate parentis tempore mortis fuiſſent: ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis exiſtentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in poteſtate fuerit, ſanè quidem is qui in poteſtate fuit, ſolus jure civili hæres eſt, & ſolus ſuus hæres: ſed enim emancipatus, beneficio prætoris, in partem admittitur, evenit, ut ſuus hæres pro parte hæres fiat.

NOTÆ.

9. *Jure civili nihil juris*] Emancipatio & ſui hæredis & agnationis jus adimit, *l. 11. de ſuis & legit. l. 1. §. 8. ad SC. Tertyll. l. 7. de cap. min.*

Prætor naturali æquitate motus] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l. 4. unde lib.* & maximè quia verum nihilominus eſt, ex maſculis eos eſſe procreatos.

Bonorum poſſeſſionem unde liberi] *d. l. 4. & paſſ. unde liberi.* Eadem ratione adductus dat teſtamento præteritis bonorum poſſeſſionem contra tab. *§. 3. ſup. de exh. lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione motus, & quo colore, prætor emancipatis deferat bonorum poſſeſſionem unde liberi?*

1 Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut latè docetur *lib. 1.* Proinde cùm nec ſui hæredes ſunt, qui in poteſtate eſſe deſierint, nec agnati, propter mutationem familiæ: vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum ſuis duntaxat hæredibus, & poſt hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l. 11. de ſuis & leg. l. 1. §. capitis. 8. ad ſen. Tertyll. l. 7. de cap. minut.* Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur.* & maximè quia nihilominus verum eſt, ex maſculis eos eſſe procreatos, prætor his ſuccurrit, reſcinditque capitis deminutionem, ut loquitur Juriſconſultus *l. 6. §. 1. in fine de bon. poſſ.* hoc eſt, perinde emancipatos vocat, ac ſi capite minuti non eſſent, vique ipſa teſtituit iis jus ſuorum hæredum, dum eis defert bonorum poſſeſſionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum ſuis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione teſtamenti eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in ſuis tantùm hæredibus requirebat, juſſit liberos emancipatos vel hæredes inſtitui vel exhæredari, data præteritis bonorum poſſeſſione contra tabulas, *§. emancipatos. 3. ſup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tabb. legitimam hæreditatem vocabat alios jure ſuitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque ſuos hæredes eſſe, neque alio jure à lege vocari, planum ac perſpicuum ſenſum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur, patrono mortuo, liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *infr. de ſucc. libert.* ac proinde nodum in ſcirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim tabb.* legendum exiſtimat *præter legem*, &c.

Bonorum poſſeſſionem unde liberi] *l. 4. & paſſim. ſi tab. teſt. nul. ext. l. unde liberi. §. 1. inf. de bonor. poſſ.* Cæterum ſi quæ propria habent, his, qui in poteſtate manſerunt, conferre debent, *l. 20. §. 2. contr. tab. l. 9. l. 18. C. de collat.* Ulp. *lib. 2. inſtitut. apud* Rufin. *tit. de legit. ſucceſſ. Unde liberi* autem dicimus præcisè, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur: quod in cæteris quoque bonorum poſſeſſionibus uſuvenit. Sic dicitur bonorum poſſeſſio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, *d. §. 1. & ſeq. infr. de bon. poſſ.*

In partem admittitur] Dimidiam ſcilicet: εἰς τὸ ἥμισυ. Theoph. Nam emancipati apud prætorem ſunt loco ſuorum hæredum, *tit. ſeq. in pr. d. §. 1. de bon. poſſ.* Et expreſsè ſcribit Juſtinianus *l. ult. §. 1. C. de legit. hær.* filium emancipatum in patris ſucceſſionem ſine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum poſſeſſio etiam ſuis hæredibus ex abundanti propoſita, *d. §. 1. de bonor. poſſ. l. 1. §. 6. unde liberi.* Jure noviſſimo, etiam jure civili, emancipati ſuccedunt, *Nov. 118. cap. 1.*

TEXTUS.

Si emancipatus ſe dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem ſe dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quaſi liberi: ſi modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac ſi emancipati ab ipſo eſſent, nec unquam in adoptiva familia fuiſſent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco eſſe incipiunt. Poſt mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æquè extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum naciſcuntur. Quod ideo ſic placuit, quia iniquum erat, eſſe in poteſtate*

ſtate

Digitized by Google

ſtate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineat, utrum ad liberos ejus an ad agnatos.

NOTÆ.

10. *Non admittuntur*] Quia alium hi patrem habent, cui ſui hæredes ſunt jure civili, *l. pen. C. de adopt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad bonorum poſſeſſionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt?*

2 *Cur ab adrogatione emancipati, vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, ſecus ſi poſt mortem ejus? & quid hic reſpectu patris adoptivi?*

QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum poſſeſſionem unde liberi, id hic locus docet non eſſe perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc ſunt in poteſtate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cùm de illius ſucceſſione quæritur: quæ mox *ſeqq.* §§. plenius declarantur.

In adoptionem] Manifeſtum eſt, verbo generali ſignificari hoc loco ſpeciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ ſola eorum eſt, qui ſunt ſui juris, §. 1. *ſup. de adopt.*

Non admittuntur] *L. 4. unde liber.* Etenim prætori hoc ſolum propoſitum fuit, ut ſuccurreret emancipatis, qua tales ſunt, idque ratione quadam commiſerationis, quæ in iis ceſſat, qui ſe dederunt in adrogationem, aliumque ſibi patrem quæſiverunt, dum his ſatis conſultum in familia adoptiva, in qua jus ſuorum hæredum & agnationis nanciſcuntur. Ad hæc prætor emancipatos vocat inter ſuos hæredes, & tamquam ſuos, *tit. ſequent. in pr. l. 6. §. 1. de bonor. poſſ.* ratio autem non patitur, ut quis jus ſui hæredis habeat in duabus familiis.

Quaſi liberi] Id eſt, ex ea edicti parte, qua prætor ad ſucceſſionem ab inteſtato liberos vocat. Quod ideo expreſſit, quia etſi non admittuntur ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, quia ſcilicet vocantur cognati, §. *admonendi. 13. inf.* Illud ſatis conſtat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum eſt.

Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre
2 *perinde admittuntur*] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati ſint, prætor ex humanitate his reſtituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum poſſeſſionem patris naturalis, ac ſi ſemper ſui juris manſiſſent, *l. 4. unde lib.* ſcilicet quia alioqui foret, ut ſpe omni deſtituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis ſucceſſione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinent, extraneorum loco] Jura enim adoptionis in totum diſſolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus poſt emancipationem pater eſſe deſinat, *l. 1. §. liberos. 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur. 15. ad Tertyll.* denique nullum fere ex priſtino jure retineatur veſtigium *l. 13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita à Juriſconſulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non poſſum, *l. quin etiam. 55. de rit. nupt.*

Poſt mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, ſive ante, ſive poſt mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad ſucceſſionem patris naturalis, intereſt, emancipati ſint vivo adhuc patre, an poſt mortem ejus: nam priori caſu jus liberorum per adrogationem amiſſum beneficio prætoris recuperant; poſteriore caſu non item, ſed tertio demum loco invitantur ad bonorum poſſeſſionem unde cognati, §. 13. *inf. eod.*

Iniquum erat, eſſe in poteſtate patris adoptivi] Ratio cur ab adrogatione emancipati poſt mortem patris naturalis liberorum gradum non conſequantur; ne alioqui in poteſtate adrogatoris ſit, utri ad ſucceſſionem ab inteſtato veniant, liberi ne, an agnati: quippe qui facere poſſet, ut ſuccederet agnatus proximus non emancipando, ut non ſuccederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet, *l. illa inſtitutio. 32. de hær. inſt.* Sed longius iſta αἰτιολογία petita eſt. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæſita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex poſtfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro ſe in adoptionem dederunt, poſtquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum ſunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. *Minus ergo juris habent adoptivi filii, quàm naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi verò emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittuntur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non poteſt; nec quia deſinunt ſui hæredes eſſe, poſſunt deſinere filii filiæve, nepotes neptesve eſſe. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt eſſe: quia jus nomenque filii filiæve, quod*

per

Digitized by Google

per adoptionem conſecuti ſunt, alia civili ratione, id eſt, emancipatione, perdunt.

Commentarius.

Hic locus continet antitheſin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta ſunt ſub §§ *præc. 9. & 10.* Summa hæc eſt: liberos naturales emancipatos jus liberorum & ſucceſſionis ab inteſtato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos verò ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad ſucceſſionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etſi ſui hæredes eſſe deſinunt quod nomen civile eſt, non tamen deſinunt eſſe liberi natura: hi planè extranei fiunt, juſque & nomen liberorum adoptione quæſitum emancipatione perdunt, *l. 1. §. liberos. 6. l. 4. unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura perimere, &c.* pleniſſimè à nobis explicata eſt ſub *§. ult. de leg. agn. tut. & §. pen. de cap. dem.*

Textus.

De bonorum poſſeſſione contra Tabulas.

12. *Eadem hæc obſervantur & in ea bonorum poſſeſſione, quam contra tabulas teſtamenti parentis liberis præteritis, id eſt, neque heredibus inſtitutis, neque, ut oportet, exheredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in poteſtate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eamdem bonorum poſſeſſionem; eos verò, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, ſicut nec ab inteſtato, ita longè minus contra tabulas teſtamenti ad bona ejus admittit: quia deſinunt in numero liberorum ejus eſſe.*

Notæ.

12. *Et in ea bon. poſſeſſione*] Non ſolùm ſc. in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato. Th.

Eos, qui in poteſtate & emancipatos] Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l. 1. pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum poſſeſſio, unde liberi, & ſuis emancipatis pariter propoſita, *l. 1. §. 6. unde lib.*

Commentarius.

1 *Etiam ſuis hæredibus propoſitam bonorum poſſeſſionem contra tabulas.*
2 *Communia utriuſque bonorum poſſeſſionis.*
3 *Difficilius quem admitti ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quàm ab inteſtato.*

Prætor non tantùm in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato liberis emancipatis ſuccurrit, data iis bonorum poſſeſſione unde liberi; verùm etiam teſtamento facto pollicetur præteritis bonorum poſſeſſionem contra tabulas: quæ bonorum poſſeſſio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio ſummovet liberos à bonorum poſſeſſione contra tabulas, ſed quæ rite facta eſt: quæ vitiosè, pro præteritione habetur, *l. 8. §. 2. de bon. poſſ. contr. tab. §. 3. ſup. de exhær. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poſſ. cap. 5.* pro *non rectè* aut *vitiosè*, dixit, *iniquè*. Nam qui dicunt *iniquè* ſe exhæredatos, certum eſt, iis nullum remedium ſupereſſe, præter querelam inofficioſi teſtamenti. Eodem autem modo, quo jure civili teſtamento facto liberi ſui hæredes inſtituendi ſunt, aut exhæredandi, filii ſcilicet nominatim, filiæ & nepotes ſaltem inter cæteros, voluit prætor inſtitui, aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum poſſeſſionem contra tabulas teſtamenti, *§. emancipatos. 3. ſup. de exhær. lib.*

Eos qui in poteſtate] Sive naturales ſive adoptivos, *l. 1. in pr. cont. tab.* Licet enim bonorum poſſeſſio contra tabulas potiſſimum comparata ſit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud remedium non habebant, eadem tamen & in poteſtate conſtitutis, ſive ſuis hæredibus propoſita, ſi neque inſtituti, neque exhæredati ſunt, *d. l. 1. in pr.* quamvis horum præteritione teſtamentum vitietur, nulliuſque momenti jure civili ſit, *l. 1. de iniuſt. rupt. teſt.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l. 2. C. eod. tit.* 1

Vocat ad eamdem poſſeſſ.] Sequuntur nunc comparationes utriuſque remedii à ſimilibus. Prima ſimilitudo in eo eſt, quod ut bonorum poſseſſio unde liberi & ſuis & emancipatis pariter propoſita eſt, ita & hæc bonorum poſſeſſio contra tabulas, *d. l. 1. in pr.* junct. *§. 6. cont. tab.* Secunda, quod ſicut illa ab inteſtato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia ſunt, ita nec eis detur contra illius tabulas: & eamdem ſcilicet ob cauſam, quia alium patrem habent, cui ſui hæredes ſunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab inteſtato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas teſtamenti patris adoptivi; quia non ſunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem ſoluto, *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. de bon. poſſ. cont. tab.* 2

Ita longè minus contra tab.] Ἀναβιβάζει à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum poſſeſſionem ab inteſtato, is non debet admitti ad bonorum poſſeſſionem contra teſtamentum: illud enim minus eſt, hoc majus propter favorem teſtamenti, cujus reſciſſio difficulter & non niſi gravi ex cauſa permittitur. Unde Juſtinianus, cùm iis, qui ado-

adoptati ſunt ab extraneo, reſervet jus ſuccedendi ab inteſtato; tamen teſtamento facto præteritos aut exhæredatos à ſucceſſione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt. §. ſed ea. 14. inf. hoc tit.*

TEXTUS.

Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen ſumus, eos, qui in aliena familia ſunt, quive poſt mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, inteſtato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum poſſeſſionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, ſcilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, ſi neque ſui hæredes liberi, neque emancipati obſtent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam ſuos hæredes, quàm emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. *Ea parte edicti, qua liberi*] Neque ex capite altero *unde legitimi*. Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia deſierunt eſſe adgnati.

Qua cognati] Etenim naturale jus cognationis fortius eſt, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi poſſit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. ſup. de leg. agn. tut.*

Neque adgnatus ullus] Nam prætor totum adgnatorum ordinem cognatis antepoſuit, *l. 1. quis ord. in bon. poſſ. inf. de ſucceſſ. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hìc agitur, non cognatis tantùm, ſed agnatis etiam omnibus præferuntur, ſublato ſc. adgnationis & cognationis diſcrimine, *Nov. 118. c. 3. & 4.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ab adrogationi emancipati poſt mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi?*

2 *Hodie vix eſſe hujus quæſtionis uſum.*

DEclarat hìc Imperator, quomodo accipiendum quod dictum eſt, liberos, qui emancipati à patre naturali ſe in adoptionem dederunt, & adhuc, cùm is moritur, in adoptiva familia ſunt, aut poſt mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt ad bonorum ejus poſſeſſionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: ſed admitti tamen, tertio ſcilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus rei ratio hæc eſt, 1
quia etſi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque eſſe deſinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis ſemper retinent, utpote fortiora, quàm ut per actum civilem adoptionis perimi poſſint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. ſup. de leg. agn. tut.* Cur verò minus liberorum numero, quàm cognatorum à prætore habentur, cùm utrumque nomen æquè naturale ſit? Quia abſurdum prætori viſum eſt, ſuorum hæredum loco eſſe patri naturali eos, qui alium patrem habent cui ſunt ſui hæredes jure civili. Nam ſciendum eſt, emancipatos à prætore vocari non ſimpliciter ut liberos, ſed ut ſuos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. ſeq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile eſſe, non utique vocis ſono, ſed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus eſſe videtur hujus §. uſus.
Nam cùm Juſtinianus diſcrimen agnationis & 2
cognationis ſuſtulerit, & cognatos æque ac agnatos ad ſucceſſionem ab inteſtato vocaverit ſecundum gradus cujuſque prærogativam; *Nov. 118. cap. 3. & 4.* conſequens eſt, liberos, de quibus hìc agitur, non cognatis tantùm, ſed agnatis etiam omnibus præferri.

Poſt mortem naturalis parentis] Minimè mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quàm minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cùm adhuc eſſent in familia adoptiva. Sanè niſi bonorum poſſeſſio patris naturalis deferretur liberis tunc, cùm adhuc ſunt in familia aliena, non deferretur emancipatis poſt illius mortem: ut diſſeruimus *ſup. §. 10.*

Nec agnatus ullus] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepoſuit: & ideo licet remotiores ſint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dediſſe jure civili, quo agnati ſoli vocantur, cognatis inſuper habitis.

Ante enim prætor liberos, &c.] Hi ſunt tres illi gradus ſucceſſionum ab inteſtato, aut potius ordines ſuccedendi, quos prætorem feciſſe legimus. Primus ordo eſt liberorum, ſive ſui hæredes ſint, ſive emancipati. Secundus legitimorum: nam ſtatim poſt liberos ad bonorum poſſeſſionem admittit adgnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum excluſos vocat, deficientibus adgnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon. poſſ.*

TEXTUS.

Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à noſtra conſtitutione acceperunt, quàm ſuper iis perſonis expoſuimus, quæ à patribus ſuis natu-*

naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos caſus, in quibus filii & naturalium ſucceſsionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſsionem vocabantur. Hoc ſolito more corrigentes, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium ſuum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, nec penitus adoptio fuiſſet ſubſecuta: niſi in hoc tantummodo caſu, ut poſsit ab inteſtato ad patris adoptivi venire ſucceſsionem. Teſtamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio ex hereditate ejus aliquid perſequi poteſt, neque contra tabulas bonorum poſſeſsione agnita, neque inofficioſi querela inſtituta; cùm nec neceſsitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum inſtituere; vel exheredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque ſi ex Sabiniano Senatuſconſulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejuſmodi caſu neque quarta ei ſervatur, neque ulla actio ad ejus perſecutionem ei competit. Noſtra autem conſtitutione exceptus eſt is, quem parens naturalis adoptandum ſuſceperit. Utroque enim jure, tam naturali quàm legitimo in hanc perſonam concurrente, priſtina jura tali adoptioni ſervamus: quemadmodum ſi paterfamilias ſeſe dederit adrogandum, quæ ſpecialiter & ſingulatim ex præfata conſtitutionis tenore poſſunt colligi.

Notæ.

14. *Noſtra conſtitutione*] *L. pen. C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §. 2. *ſupr. de adopt.* §. 8. *quib. mod. jus pat. pot.* §. 5. *ſup. de exh. lib.* §. 1. *ſup. quib. mod. teſt. inf.*

Ab inteſtato ad patris adoptivi, &c.] Et tamquam ſuus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec ei ſuccedit: quia jura legitima in familia ejus non conſequitur, *dict. l. pen.* §. 1. Nec obloquitur ſibi Juſt. cùm ait, emancipatione talis filii jura adoptiva diſſolvi, *d. l. pen.* §. 2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ poteſtatis intelligi debet, ſed de jure ſuccedendi ab inteſtato, quod ſolum apud patrem adoptivum habebat.

Teſtamento autem facto] Hinc apparet, minus eſſe, habere jus ſuccedendi ab inteſtato, quàm aut teſtamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut querelam inofficioſi.

Ex tribus maribus] Ita quoque legitur in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* & apud Theoph. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum: add. Cujac. in *l. ult. C. de decur.*

Vinnius in Inſtitut.

Commentarius.

1 *Quæ mutatio & quam ob cauſam circa ſucceſſionem adoptivorum facta à Juſtiniano?*
2 *Notatur Bachovii oſcitatio.*
3 *Collectiones Triboniani minimè neceſſariæ.*
4 *Sabiniano Senatuſconſulto quid cautum?*
5 *Diſputationem de ſucceſſione adoptivorum hodie inutilem eſſe.*

Hoc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Juſtiniano circa liberos adoptivos introductum eſt, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum *ſup. de adopt.* §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantùm qui adrogabantur, in poteſtatem & familiam patris adoptivi tranſirent; verùm etiam qui filiifam. à patre naturali in adoptionem alii dabantur, ſine ulla diſtinctione jus liberorum & ſuorum hæredum in familia naturali amitterent, novamque naniſcerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil propter incommodum, quod ex veteri jure naſci poterat. Igitur in caſu filii à patre naturali in 1
adoptionem dati ita Juſtiniano placuit, ut ſi datus ſit perſonæ extraneæ (qualis omnis, qui eſt extra lineam parentum,) non tranſiret in poteſtatem & familiam hujus patris adoptivi, ſed jus parentis naturalis ſalvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus ſui hæredis: & porro quod huic conſequens erat, ut impunè à patre adoptivo teſtamento facto præteriti aut exhæredari poſſet. Hoc uno tamen ei conceſſo, ut ab inteſtato huic patri ſuccedat. Si verò datus ſit perſonæ non extraneæ, ſed avo materno, puta aut nepos poſt emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit ſine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos caſus] Uſus videtur plurativo pro ſingulari. Nam unus dumtaxat caſus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, videlicet ſi poſt mortem patris naturalis ex adoptione eſſent emancipati: cujus etiam ſolius mentio in *d. l. pen.*

Ut poſſit ab inteſtato] Et quidem jure ſui hæredis: hoc enim jus diſertè hactenus ei tribuitur, *d. l. pen.* §. 1. *fin.* Atque ita occurrit hìc caſus ſingularis, quo is qui in poteſtate non eſt & tantùm non extraneus, ſuis hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Juſtinianus, hanc adoptionem tantùm prodeſſe adoptato ad ſolam ſucceſſionem extranei patris adoptivi, non etiam ad conſequenda jura legitima in ejus familia, *d. l. pen.* §. 1. Quamobrem vix ſcio, quid ſibi velit Bachovius, qui pro 2
limitatione hic addendum ſcribit ex *Nov.* 118.

Digitized by Google

c. 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantùm cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cùm utrinque conjuncti excludant conſanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profundè ſomniaſſe, ut quamvis ſic loquatur, exiſtimaverit, liberorum quoſdam eſſe ex uno latere conjunctos, quoſdam ex utroque & hos illis, ac proinde & adoptatis in ſucceſſione parentis ex *d. Nov.* præferri: ſed ut apparet ex *d. c. 3.* quod allegat, cogitaſſe de ſucceſſione collateralium, & admonere voluiſſe, in ea ſucceſſione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c. 3.* non plus juris habere poſſe, quàm conjunctos ex uno parente tantùm, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque eſt, eum intellexiſſe liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non ſunt, nec eis ſuccedunt prorſus. Utut ſit, aut alienum eſt, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes, qui tranſibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quàm juſtis nuptiis quæſiti, hæredes inſtitui aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili teſtamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum poſſeſſionem petere; exhæredatis patebat querela inofficioſi teſtamenti, §. 4. *ſup. de exhær. lib. l. 1. in pr. cont. tab.* §. 2. *ſup. de inoff. teſtam.* quod Juſtiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut conſequens ei, quod voluit, eos non tranſire in adoptivi patris poteſtatem. Ergo ex d. conſtitutione impune hi præteriri vel exhæredari poſſunt, nulloque remedio, ſive civili ſive prætorio, adverſus teſtamentum adjuvantur, *d. l. pen. C. de adopt.* Non obloquitur ſibi Juſtinianus, cùm ait, emancipatione talis filii jura adoptiva diſſolvi, *l. pen.* §. 2. hoc enim non de jure familiæ aut patriæ poteſtatis intelligi debet, ſed de jure ſuccedendi ab inteſtato, quod ſolum apud patrem adoptivum habebat.

3 *Cùm nec neceſſitas imponatur patri adoptivo.*] Non ſatis bona collectio: Non eſt neceſſe hunc hæredem inſtituere vel exhæredem facere, ergo nullo remedio contra teſtamentum uti poteſt. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes neceſſe habent hæredes inſtituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati teſtamentum per querelam inofficioſi impugnant. Sic nec illa conſecutio neceſſaria eſt: Non eſt mihi naturali vinculo copulatus; ergo non eſt neceſſe eum hæredem inſtituere, &c. quaſi ſolo vinculo civili nemo adſtringatur ad aliquem hæredem inſtituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie eſt adrogationis, ut in *fin. hujus* §.

4 *Ex Sabiniano Senatuſconſulto ex tribus maribus*] Quo Senatuſconſulto, quantum ex hoc loco conjicere eſt, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptaſſet, quartam partem ei bonorum ſuorum relinquere cogeretur, ſicut ex conſtitutione Antonini Pii quarta relinquenda eſt adrogato impuberi. Ex eodem Senatuſconſulto manaſſe videtur, quod Juſtinianus commemorat in *l. ult. C. de decur. lib. 10.* ut qui tres mares haberet, ſi unum ex iis, qui decurio eſſet, in ſenatum maximum allegendum curaret, ei curiæ liberationem pareret; quod referendum inter privilegia [illegible]. Meminit quoque hujus Senatuſconſulti Juſtinianus in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. *2. comm. 15.* vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theoph. ſubſtituunt *tribus manibus*, ut Alciat. *4. parerg. 3. tribus mancipationibus*, ut Rævard. *c. 6. de auct. prud.* add. Cujac. in *d. l. ult. C. de decur.* Gothofr. *ad d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.*

Priſtina jura tali adoptioni ſervamus] Propterea quod hoc caſu concurrente naturali vinculo cum civili, ceſſat metus ſuperioris incommodi, ne ſcilicet adoptatus ab utriuſque patris ſucceſſione aliquando excludatur: qui ſenſus eſt *d. l. pen.* Jus vetus adoptionis planè nunc exolevit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie cenſentur, ſed tantùm pro alumnis ſunt: ut proinde tota diſputatio de ſucceſſione liberorum adoptivorum hodie ſit inutilis: vide quæ *ſup. tit. de adopt.*

TEXTUS.

De deſcendentibus ex fœminis.

15. *Item vetuſtas ex maſculis progenitos plus diligens, ſolos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili ſexu deſcendunt, ad ſuorum vocabat ſucceſſionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati ſunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, poſt agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, ſive paternæ ſive maternæ ſucceſſionem. Divi autem Principes non paſſi ſunt, talem contra naturam injuriam ſine competenti emendatione relinquere: ſed cùm nepotis & pronepotis nomen commune ſit utriſque, tam qui ex maſculis, quàm qui ex fœminis deſcendunt, ideo eumdem gradum & ordinem ſucceſſionis ei donaverunt. Sed ut amplius aliquid ſit eis, qui non ſolùm naturæ, ſed etiam veteris juris ſuffragiis muniuntur; portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus ſupra diximus,) paulo minuendam eſſe exiſtimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quàm mater*

eorum

Digitized by Google

eorum vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua ſit, cujus de hæreditate agitur: iiſque licet ſoli ſint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris ſui ad ſucceſsionem avi ſui vocat; ita & principalis diſpoſitio in locum matris ſuæ vel aviæ eos cum jam deſignata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cùm adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem ſubſtantiæ defuncti agnatis ſibi vindicantibus ex cujuſdam conſtitutionis auctoritate, memoratam quidem conſtitutionem à noſtro Codice ſegregavimus, neque inſeri eam ex Theodoſiano Codice in eo conceſsimus. Noſtra autem conſtitutione promulgata, toti juri ejus derogatum eſt: & ſanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte, vel deinceps ſuperſtitibus, adgnatos nullam partem mortui ſucceſsionis ſibi vindicare: ne hi, qui ex tranſverſa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure deſcendunt. Quam conſtitutionem noſtram obtinere ſecundum ſui vigorem & tempora & nunc ſancimus; ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas ſtatuit, non in capita, ſed in ſtirpes dividi hæreditatem, ſimiliter nos inter filios & nepotes ex filia diſtributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps perſonas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem ſine ulla deminutione conſequatur: ut ſi forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.

Notæ.

15. *Item vetuſtas*] Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium: nam & prætor nepotes, &c. ex ſexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine poſt lineam adgnatorum.

Quem mater eorum] Ex. ca. Titius deceſſit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. tabb. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragatione juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione ferret, nepos trientem reliquum, id eſt, tertia parte minus, quàm mater latura fuiſſet.

Vel avia] Hic ponendum thema, quo quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

Vel pater eorum] Adde *vel mater*, v. c. Titia deceſſit, relicto filio aut filia & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hìc quia filio aut filiæ ſuffragatur SC. Orficianum *infr. tit. 4. pr. & §. 1.* nepos neptiſve ex d. conſtitutione non aliter admittuntur, quàm cum deminutione tertiæ partis.

Quartam partem ſubſtantiæ] Hanc quartam adgnati ſibi vindicabant, nepotibus ex filia ſolis exiſtentibus, non quando concurrebant cum munitis ſuffragio juris veteris memorati Principes quamdam Falcidiam vocant.

Sed in ſtirpes] Ut in locum parentum veniant, ſuccedantque ad inſtar nepotum & pronepotum ex virili ſexu.

Sine ulla deminutione] Quartæ ſcilicet adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex ſexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris ſuffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de ſuis & leg. lib.* ad quam hic ſe refert. Jure noviſſimo par liberorum omnium in ſucceſſione ab inteſtato conditio, *Nov. 118. cap. 1.*

Commentarius.

1 *Qui deſcendentium lege 12. tabb. & à prætore ad ſucceſſionem inteſtati vocentur.*
2 *Juris veteris derogatio qua ratione, & an ſufficienti juri nitatur?*
3 *Planius & plenius, quàm vulgo, explicatur quatenus per* l. 4. C. Theodoſ. de legit. hær. *veteri juri derogatum.*
4 *Quid inſuper detractum, quid adjectum conſtitutione Juſtinian.* l. ult. C. de ſuis & leg. lib.
5 *Cantiunculæ & Mynſingeri error.*

HÆc pars eſt hujus tituli poſtrema, in qua primum repetuntur ex vetuſto jure differentiæ circa ſucceſſionem deſcendentium ex maſculis & fœminis: deinde oſtenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum ſit conſtitutione recentiorum Principum & poſtremo Juſtiniani. Locus eſt obſcurus & ænigmaticus, à paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexiſſe videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius deſideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, ſi potero, rem totam explicabo.

Item vetuſtas] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab inteſtato vocaſſe tam natos ex filiabus, quàm ex filiis, totumque illud diſcrimen, quod hìc refertur, adſcribunt mediæ juriſprudentiæ, inter quos Mynſ. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam eſt lege duodecim tabb. 1
ex deſcendentibus eos ſolos ad hæreditatem vocari, qui ſunt ſui hæredes, atque his deficientibus

ex tranſverſa linea ſolos agnatos: eos verò qui
tantùm cognati eſſent, jus ſucceſſionis ab inte-
ſtato nullum ex ea lege habuiſſe. Nimirum De-
cemviri, ut dignitati & propagationi familiarum
conſulerent, ad eos ſolùm ſucceſſionem pertine-
re voluerunt, qui eſſent ejuſdem gentis & fami-
liæ. Quare cùm nepotes ex filia non ſint ſui hæ-
redes avo materno, ſed patri, in cujus ſunt pote-
ſtate; & fœmina non ſuam aut patris, ſed alie-
nam, in quam nubit, familiam propaget, *l. 195.
§. ult. de verb. ſign.* non poterant hi nepotes ad
ſucceſſionem avi materni ullo modo venire, ex-
cludebanturque non tantùm à filiis & filiabus
defuncti, ab iiſve, qui ex filii eſſent progeniti;
verùm etiam ab agnatis ejus. Denique prætor
emancipatos dumtaxat inter ſuos vocabat, ut
maſculorum quoque progenie: hoſce autem
nepotes & cæteros ex ſexu muliebri demum
poſt lineam agnatorum, in tertio ſcilicet or-
dine, qui cognatorum eſt.

*Quam aviæ vel proaviæ ſive paternæ ſive mater-
næ*] In aviæ aut proaviæ paternæ ſucceſſione
nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege
12. tabb. habent, quàm habent in ſucceſſione
avi proavive, aviæ proaviæve maternorum: non
enim magis aviæ aut proaviæ paternæ ſui hære-
des aut agnati ſunt, quàm avo aut proavo ma-
terno, &c. cùm nec filius matris ſit, ob eam-
que cauſam nec ipſe matri ex lege ſuccedat, nec
à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen
aut filiæ mentionem non facit: quia his matris
legitima hæreditas pridem delata fuerat Sena-
tuſconſulto Orficiano, non aviæ nepotibus, *inf.
tit. 4.* & ideo rectè ait, nepotes pronepoteſve
ataviæ & proaviæ ad ſucceſſionem à Prætore
admiſſos fuiſſe demum in linea cognatorum,
quia nec poſt illud Senatuſconſultum jus libe-
rorum in ea ſucceſſione habebant.

Divi autem Principes non paſſi ſunt, &c.] Se-
quitur jam derogatio juris antiqui, quæ aucto-
res habet Valentinianum, Theodoſium & Ar-
cadium, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* quam parte
aliqua mutilatam in codicem ſuum retulit Ju-
2 ſtinianus *l. 9. C. de ſuis & leg. lib.* Juſtitia dero-
gationis duplici ratione commendatur. 1. quia in-
æqualitas illa juris inter deſcendentes ex maſcu-
lis & fœminis injurioſa in ipſam naturam: quo-
modo alibi naturæ accuſatores appellat, qui
differentiam inducunt inter maſculos & fœmi-
nas, *l. 4. C. de lib. præt.* 2. quia nomen nepo-
tum & pronepotum omnibus commune, & tam
iis, qui ex fœminis, quàm qui ex maribus pro-
geniti ſunt, conveniens. Quarum tamen ratio-
num, ſi libere dicendum eſt, altera vera non
videtur, altera minimè ſufficiens. Nam quæ in-
juria eſt in naturam ſi is, qui jus percipienda-
rum hæreditatum in ſua familia habet, ut ſuus,
aut agnatus, non admittatur eodem jure in fa-
milia aliena, ne duabus in familiis ſimul re-
gnum teneat? Deinde ſi contra naturam non
eſt, hoc proſpicere, ut ne familiæ ſplendor ac
dignitas minuatur aut pereat; ſed conſentaneum
etiam juri gentium legibuſque plurimarum be-
ne ordinatarum civitatum, dare operam, ut
ſartæ tectæ familiæ conſerventur; non poteſt à
ratione naturali alienum videri, ſi maſculi po-
tius atque ex maſculis deſcendentes, propaga-
tores & columnæ familiarum, quàm fœminæ,
in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem
vocentur: quod & ipſum diligenter cautum re-
peritur legibus Moſaicis, *Num. 27. 8.* Vid. Phi-
lon. *de vit. Moſ. 3.* Hinc jam ſponte intelligi-
tur quàm ficulneum argumentum ſit alterum,
quod à communione petitur nominis, ad indu-
cendam juris æqualitatem inter eos, quos tam
inſignis conſideratio disjungit. Sed videamus
quid placitum Græcis Principibus.

Eumdem ordinem & gradum ſucceſſionis] Do- 3
naverunt Imperatores eumdem gradum ſucceſ-
ſionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hìc
ſermo eſt, quem habent illi, qui ſuccedunt ex
lege duodecim tabularum, & qui vocantur à
prætore: hoc eſt, voluerunt ex fœminis pro-
gnatos non minus jus liberorum & ſucceſſionis
ab inteſtato habere, quàm prognati ex maſcu-
lis, ut ſui hæredes habent ex lege 12. tabb. &
liberi emancipati ex edicto prætoris unde libe-
ri, ut cum his in ſucceſſione concurrant. Ad-
do, ut ſequentia minore negotio percipiantur,
ut concurrant etiam cum liberis primi gradus,
patruis ſcilicet & avunculis ſuis, in ſucceſſio-
ne aviæ, quos jam temporibus Marci agnatis
in ſucceſſione matris præpoſuerat Senatuſcon-
ſultum Orficianum. Cæterum portio horum ne-
potum aliquando memoratorum Principum con-
ſtitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris ſuffragiis muniuntur] Jus vetus
hìc accipere debemus tum legem duodecim ta-
bularum, quæ ex liberis ſuos dumtaxat hære-
des ad hæreditatem vocabat; tum edictum
prætoris, quo ad bonorum poſſeſſionem ab in-
teſtato invitantur liberi emancipati; & deni-
que Senatuſconſultum Orficianum, quo, ut
diximus, matris legitima hæreditas defertur
filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus
§. ſe extendit, quàm ſpondet principium, pluſ-
que ſenſit, quàm ſcripſit Juſtinianus, uti ſta-
tim videbimus.

Ut minus tertia parte] Quamvis prædicti Prin-
cipes, nepotes nepteſque ex ſexu fœmineo de-
ſcendentes cum his, à quibus jure veteri in to-
tum excludebantur, ad ſucceſſionem ab inteſta-
to admiſerint: noluerunt tamen, illos cum his
æqualiter hæreditatem partiri, ſed aliquanto
plus habere eos, qui etiam juris veteris ſuffra-
gatione nituntur, & nimirum illos triente mi-
nus, quàm hos, conſequi, *d. l. 9. C. de ſuis &
legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Caſus pertinens
ad ſucceſſionem adſcendentium marium, cùm
defunctus deſcendentibus unius pater, avuſque
aut proavus paternus, aliis avus proavuſque ma-
ternus eſt: de fœminarum adſcendentium ſucceſ-
ſione mox ſubjicitur. Cùm igitur de ſucceſſione
avi

Digitized by Google

avi materni quæritur inter filium ſuperſtitem & ex filia demortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tabb. aut ſi emancipatus eſt, ſuffragio juris prætorii, beſſem hæreditatis ex d. conſtitutione feret, nepotes trientem reliquum, id eſt, hi tertia parte minus ferunt, quàm mater ſuperſtes latura fuiſſet: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre ſuo diviſiſſet. Jam ſi de ſemiſſe, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, t iens tantùm nepotibus relinquitur: alter ſemis auctus acceſſione detracti ſextantis beſſem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio, aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quàm hi pronepotes, qui pro ſemiſſe, in quem avia eorum vocata fuiſſet, trientem tantùm accipiunt, id eſt, tertia parte minus. Nihil autem in ſucceſſione proavi materni intereſt, nati ſint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam, quod ad ſtirpem attinet, aviam ſcilicet, filiam proavi, omnes ex ſexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari ſint deſcendentes ex ſexu virili cum poſteris ex ſexu ſequiore, remotiores, an propiores. Nam etſi ex filio tantùm nepos ſit aut pronepos ex nepote ex filio nato, ſive ſuus, ſive emancipatus, & ex adverſo nepos èx filia; illi nihilominus propter ſuffragationem juris veteris beſſem totius hæreditatis auferent, huic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus ſive maternus, quando fœmina mortua] Hìc apparet, plus ſenſiſſe Juſtinianum, quàm hactenus ſcripſit. Nihil enim huc uſque traditum eſt, quo id, quod hìc proponitur, referri poſſe videtur. Nam initio locutus eſt tantùm de deſcendentibus ex maſculis, quos ſolos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuiſſe, inſuper habitis iis, qui ex fœmineo ſexu deſcenderent. Deinde ait, hos cum illis admiſſos fuiſſe à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ partis propter ſuffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti ſunt. Quamobrem quod hìc ſcribit, ænigma videri poterat, niſi ante monuiſſem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum eſſe etiam ad eos, quibus ſuffragatur Senatuſconſultum Orficianum; quod collatum cum conſtitutione dd. Principum ſanè vetus etiam eſt. Hoc Senatuſconſulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure abſque partis ullius detractione, excluſis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi dumtaxat primi gradus, filii ſc. & filiæ: nepotes & deinceps ad ſucceſſionem aviæ non vocantur, *tit.4.inſ. in pr. & §.1.* Sed hi demum cum iſtis admiſſi ſunt eadem illa conſtitutione, cujus jam ſæpe facta mentio: admiſſi verò cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris ſuffragio muniti erant, id eſt, Senatuſconſulto Orficiano.

Vinnius in Inſtitut.

Pater eorum] Supple, vel mater. Caſus enim eſt, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & ſecundi gradus. Pone igitur, hinc eſſe filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis. Senatuſconſultum Orficianum hæreditatem ex aſſe attribuit ſoli filio, aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova verò conſtitutione etiam nepos & neptis ad aviæ ſucceſſionem vocantur, & ſimul cum filio filiave: ita tamen, ut pati debeant tertiam ſibi detrahi de parte, quam integram pater eorum, vel mater ſuperſtites habituri fuiſſent in materna hæreditate ex Senatuſconſulto.

Vel avus paternus ſive maternus] Caſus, quo quæritur de ſucceſſione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes proneptesſve, qui tertio gradu ſunt: ſupplendum igitur, *vel avia paterna ſive materna*, nam hæ quoque ſuperſtites matri ſucceſſiſſent ex Senatuſconſulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia ſuperſtitibus concurrere pronepotes proneptesſve natos nataſve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis: hi pronepotes proneptesſve in totum à ſucceſſione proaviæ repellentur Senatuſconſulto: à Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis avitæ: quod datum honori Senatus, ut ſc. tertia minus conſequantur, quàm habituri fuiſſent avi aviæve, qui ſi viverent, ex æquo cum fratre aut ſorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in propoſito, ſi hinc nepos tantùm ſit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Rectè nimirum cenſet Hotomannus, nihil amplius hìc laturos nepotes, quàm pronepotes: ſed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali diſpoſitione admittendos eſſe: quia cùm nepotes in ſucceſſione aviæ non magis jus liberorum ante conſtitutionem habuerint, quàm pronepotes in ſucceſſione proavi, ſive legem antiquam conſideres, ſive edictum prætoris, ſive denique Senatuſconſultum Orficianum, non poſſunt illi majorem ſibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris ſuffragium, quo nomine tantùm detractio illa à Principibus permiſſa eſt.

Licet ſoli ſint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant] Hoc non ſic accipiendum eſt, quaſi agnati hoc caſu in totum fuerint excluſi, quod demum à Juſtiniano conſtitutum, ut ipſe poſtea commemorat: ſed non admiſſi ſoli & in ſolidum ut jure antiquo. Liquet enim ex conſtitutione, ut ea integra extat in Codice Theod. *l.4.de legit. hær.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo caſu, cum avo aut proavo mortuo ſoli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex ſexu muliebri deſcendentes, neque hoc poſteriore, cùm mortua avia aut proavia ſoli repe-

riuntur liberi ſecundi aut inferioris gradus: ſed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim eſt, quod in d. conſtitutione legimus, agnatos in caſibus propoſitis in quamdam Falcidiam, nepotes in dodrantem ſuccedere. Cæterum hæc pars d. conſtitutioni detracta eſt à Triboniano inſerente eam Codici Juſtinianeo, *l. 9. C. de ſuis & leg.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut poſtea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c. ita principalis diſpoſitio, &c.] Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabularum filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris ſui aut avi paterni, ut una cum ſuperſtitibus defuncti filiis aut filiabus ſuccedant: ita ex diſpoſitione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes, ex ea vocari ad ſucceſſionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris ſuæ aut aviæ maternæ, ut ſimul ſuccedant cum defuncti liberis ſuperſtitibus, ſive ſuis hæredibus, quos ſolos decemviri, ſive emancipatis, quos præterea admittit prætor: & quemadmodum Senatusconſultum Orficianum filios tantùm & filias vocat ad ſucceſſionem matris, ita diſpoſitionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad ſucceſſionem aviæ aut proaviæ ſive paternæ ſive maternæ, & ſimul etiam cum liberis primi gradus: ſed & in hoc & in ſuperiore concurſu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

4 *Cùm adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.*] Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod deſcendentibus ex ſexu muliebri acceſſit conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* Ait, *cùm adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit: quippe cautum expreſsè *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ſed hoc vult dicere, cùm adhuc agnati ex ejuſdem conſtitutionis auctoritate (ſic legendum, non *cujuſdam*) quæ eſt *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis ſolis exiſtentibus (nam cùm concurrebant cum liberis, qui etiam jure vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem ſibi vindicare poterant, ſe hoc jus in totum conſtitutione ſua abrogaſſe, quæ eſt *d. l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* atque ob eam cauſam noluiſſe conſtitutionem prædictam ſuo Codici inſeri, id eſt, noluiſſe inſeri integram: nam utique detracta illa clauſula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inſerta eſt. Confer *d. l. 4. C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Juſtin. de ſuis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantùm ſuſtulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hi, qui ex transverſa linea veniunt, potiores] Rectius dixiſſet, ne qui ex transverſa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis deſcendunt, ad ſucceſſionem admittantur, vel in partem aliquam dumtaxat. Quamquam in eo nihil abſurdi eſt, ſi collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in ſucceſſione iis deſcendentibus, qui non ſunt de familia defuncti.

Non in capita, ſed in ſtirpes] Poſtquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepoteve ex filia hoc jus datum eſt, ut in locum veniant parentum, ſuccedantque ad inſtar nepotum & pronepotum ex virili ſexu: non eſt ſine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, ſive ſoli ſint, ſed plures ex diverſa ſtirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, ſive cum filiis aliiſve deſcendentibus ex virili ſexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.] Non tantùm igitur cùm de ſucceſſione maſculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam ſoli exiſtentes agnatos excludent, quamvis hactenus nihil amplius dictum; ſed etiam cùm fœmina mortua proponitur, avia vel proavia ſive paternæ ſive maternæ, & in hac item ſucceſſione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem divident, ſalvo liberis primi gradus, ſi cum his concurrant, jure deducendæ tertiæ partis.

Sine ulla deminutione] Hæc ita ſcripta ſunt, 5 ut non ſine cauſa exiſtimare quis poſſit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex ſexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynſing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitaſſe Juſtinianum, patet tum ex ſæpe memorata conſtitutione Principum, quam ita in Codicem ſuum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quàm particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum poſteris ex ſexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua iſtis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipſius conſtitutione Juſtiniani, ad quam hic ſe refert, ſcilicet *l. ult. C. de ſuis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, ſed quartam dumtaxat tollit agnatorum. Jure noviſſimo par liberorum omnium in ſucceſſione ab inteſtato conditio eſt, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *inf. poſt tit. 5.*

Tit-

Digitized by Google

TITULUS SECUNDUS.

DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 16. *C. Lib.* 6. *Tit.* 58.

Continuatio, *&* *argumentum tituli*.

Hucuſque de primo ordine ſuccedentium ab inteſtato, in quo ſunt deſcendentes ſive liberi, ex lege duodecim tabularum ſoli ſui hæredes, §. 1. *tit. prec.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex conſtitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex ſexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo ſecundus, qui agnatorum fuit; inſiſtit enim Imperator veſtigiis legis duodecim, qua nemo ex adſcendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia ſi filius in poteſtate fuerat, nec habere poterat hæredem, cùm patri omnia acquireret, & bona caſtrenſia, quæ poſtea filio conceſſa, eo inteſtato mortuo occupabat pater jure peculii, *l. 2. de caſtr. pecul.* ſin emancipatus, pater huic & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem vocabat ante ordinem cognatorum, *l.* 10. *de ſuis & legit.* Ajo, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *d. l.* 10. Non mater, quia & ipſa filio eadem ratione extranea; & ideo à Prætore quoque inter cognatos demum admiſſa fuit. De Senatuſconſ. Tertylliano videbimus *tit. ſeq.* Hoc titulo primum deſcriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his, & quomodo ſuccedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur: & poſtremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

Si nemo ſuus heres, vel eorum, quos inter ſuos hæredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hereditas.

NOTÆ.

Quos prætor vel conſtitutiones] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex ſexu fœmineo, quorum illos prætor, hos conſtitutiones vocant, §. 9. *& ult. tit. prec.*

COMMENTARIUS.

Exiſtat] Nec ſperetur fore, ut exiſtat. Nam quamdiu vel ſpes eſt futurum, ut ſuus hæres defuncto exiſtat, tamdiu agnatis locus non eſt, puta ſi defuncti uxor prægnans ſit, quæ ſuum hæredem paritura ſperatur: aut defuncti illius apud hoſtes ſit, qui de captivitate reverti poteſt, *l. pen.* §. 1. *unde legit. fac. l. 2. in pr. de ſuis & legit.* Ulp. *tit.* 26. §. 2.

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paulo craſſius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos ſolos ad hæreditatem vocat, qui ſunt verè ſui hæredes, hoc eſt, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in poteſtate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant: atque his non extantibus, ſtatim loco proximo agnatos: ſed poſtquam & alii tum à prætore, tum conſtitutionibus admiſſi ſunt & præpoſiti agnatis, lex duodecim, non niſi iſtis quoque deficientibus vim ſuam exercuit, agnatiſque detulit hæreditatem.

Ad agnatum proximum] In primo ordine ſufficit, verbi cauſa, ſuum eſſe, nec gradus quæritur: in ſecundo agnatum eſſe non ſufficit: ſed proximitatis ſive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim, §. 5. *inf. hoc tit. l.* 2. §. 4. *de ſuis & legit.* in duodecim: *adgnatus proximus familiam habeto*.

TEXTUS.

De agnatis naturalibus.

1. *Sunt autem adgnati, (ut primo quoque libro tradidimus,) cognati per virilis ſexus perſonas cognatione conjuncti, quaſi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres adgnati ſibi ſunt: qui & conſanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus eſt. Eodem numero ſunt fratres patrueles, id eſt, qui ex duobus fratribus procreati ſunt, qui etiam conſobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ii etiam, qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis nanciſcuntur. Non tamen omnibus ſimul adgnatis dat lex hereditatem: ſed iis, qui tunc proximiore gradu ſunt, cum certum eſſe cœperit, aliquem inteſtatum deceſſiſſe.*

NOTÆ.

1. *Libro primo*] *ſup. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

Per virilis ſexus perſon. conjuncti] Supple, *nec capite minuti*, *§. ult. ſup. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam ſui, *l. ult. §. 3. de grad. & affin. l. 2. de ſuis & legit.* In ſpecie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem ſexum conjuncti: & ſpecialiſſimè iis, qui ſequuntur conſanguineos, id eſt, fratres ὁμοπατρίους, *l. 2. pr. de ſuis & leg.*

COMMENTARIUS.

1 *Modeſtini locus in* l. 5. unde legit. *expoſitus.*
2 *Quot modis nomen agnatorum uſurpetur?*
3 *Qui noſtris conſanguinei: & unde ſic appellentur:*
4 *Prærogativa conſanguinitatis ſublata.*

C*Ognati per virilis ſexus perſonas*] Eodem modo deſcribit adgnatos *lib. 1. tit. de leg. agn. tut. & JC. l. ultim. §. 2. de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc intereſt, quod inter genus & ſpeciem, ut ait Paul. *d. l. ult. §. 4. de grad. & affin.* genus cognati, agnati ſpecies cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantùm generale eſt, ſed etiam ſpeciale & proprium eorum, qui vel per fœminei ſexus perſonas conjunguntur, *d. l. ult. §. 2.* vel capitis deminutione jure adgnationis amiſerunt: quippe ad quos ſpeciali & proprio deſignandos diſcernendoſque ab agnatis neceſſe fuit, nomen generale atque utriſque commune coarctare & quaſi proprium facere ejus ſpeciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus ſæpe uſuvenit, ut notavimus *ſup. de adopt.* §. 1. eaque ſignificatio frequentiſſima & in hoc argumento fere
1 perpetua eſt. Alio autem ſenſu dixit Modeſtinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos, *l. 5. unde legit.* nimirum conſiderans eſſentiam generis & ſpeciei. Generis enim eſſentia tota ineſt in ſingulis ſpeciebus: tota verò ſpeciei eſſentia non eſt in genere; ſiquidem, ut Porphyrius c. 4. ſcribit, διαφορὰ δὲ, ἣ περιέχει τὸ εἶδος τοῦ γένους, & ibid. Γένος δυνάμει μὲν πάσας ἔχει τὰς ὑφ' αὑτὸ διαφοράς, ἐνεργείᾳ δὲ οὐδεμίαν. Adgnatorum
2 quoque nomen modo generalius, modo ſpecialius uſurpatur. Generali ſignificatione continentur etiam ſui, *d. l. ultim. §. 3. de grad. & affin.* unde filius dicitur patri eſſe adgnatus proximus, *l. 12. de ſuis & legit.* Specialiter verò adgnati appellantur, qui ex latere ſunt per virilem ſexum conjuncti, ut in præſenti tit. Sed & ex his quidam nacti ſunt nomen ſpeciale, vocatique conſanguinei, ut fratres & ſorores eodem patre geniti: unde altera vocis reſtrictio, agnatique ſpecialiſſimè appellati, qui fratres ſequuntur, *l. 2. in pr. & §. 1. de ſuis & legit. l. 4. unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll.* quam diſtinctionem media peperit juriſprudentia. VINN. Addenda & illa ſignificatio, qua *agnati* diſtinguuntur à *gentilibus*, quos poſt agnatos tertio loco admittebant XII. tabulæ. Unde *apud Pariat. LL. Mos. & Rom. tit. 16. §. 4.* Succedebat ergo primo domus, dein familia, poſtremo gens. *Agnati* ergo ſunt, quotquot ex eadem familia: *gentiles*, qui ex eadem gente ſunt, vel, ut Cicero *in Top. cap. 6.* definit, *qui ab ingenuis oriundi ſunt, quorum majorum nemo ſervitutem ſervivit, qui capite non ſunt deminuti*. Sic e. g. gentis Domitiæ duæ erant familiæ, Calvinorum & Ahenobarborum. Omnes Calvini, itemque omnes Ahenobarbi inter ſe erant agnati, omnes Domitii, ex utraque familia gentiles, modo eſſent ingenui, nec capitis deminutionem paſſi. Unde *gentiles* erant ejuſdem *nominis*, ut eſt apud Feſtum in voce *Gentiles*: *agnati* ejuſdem cognominis. Sed gentilitatis jura jam Ulpiani temporibus, non amplius in uſu erant. *Pariat. LL. Mos. & Rom. ibid.* HEIN.

Qui & conſanguinei vocantur] Fratres ὁμοπάτριοι, id eſt, ex eodem patre nati conſanguinei, noſtris dicuntur. Cajus *lib. 2. tit. 8. §. 3. l. 3. C. de legit. tut. l. 1. l. 6. C. de legit. hær.* Hinc Virgilius *6. Æneid.* ſoporem appellat *lethi conſanguineum*, quem Homerus Ξ. *Iliad.* κασίγνητον θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teſte Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι, Sophocles *in Aiac.* ὁ τοῦ μανέντος σύναιμος Αἴαντος ὅμαιμος, *fratrem furioſi vocantes*. Ita conſanguineum interpretaberis, *l. 1. §. poſt ſuos. 9. l. 2. in pr. de ſuis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. hær.* Caſſius conſanguineos definit, qui ſanguine inter ſe connexi ſunt, *d. l. 1. §. pen. de ſuis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes ſanguine inter ſe conjuncti ſunt. Quin etiam per jus ſanguinis ſola naturalis cognatio ſæpe ſignificatur: ut in *l. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur.* Neceſſe igitur eſt, propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos iſto nomine, alioqui communi, appellatos eſſe; fortaſſis quia hi eumdem ſanguinis auctorem immediatè habent, & quod ſanguinis origo magis ex patre æſtimanda ſit, quàm ex matre: quippe cùm etiam Peripatetici, ſi Galeno & recentioribus quibuſdam credimus, totum hoc ex patre æſtimaverint. Jura igitur conſanguinitatis à patre, ut ait Juriſconſultus *l. 4. unde cogn.* oriuntur: qua de cauſa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diverſas, *l. 1. C. de legit. hær.* Hodie verò fratres jure ſolius con- 4
ſanguinitatis prærogativam non habent, ſed qui ex utroque parente conjuncti ſunt, præferuntur iis, qui conjuncti ſunt ex uno dumtaxat: nec qui ex eodem ſolùm patre conjunguntur plus juris habent, quàm qui eadem tantùm matre nati, *Nov. 118. cap. 3. auth. itaque. C. comm. de ſucceſſ.* ubi conſanguinei appellantur in ſpecie, qui tan-

Digitized by Google

tantùm eumdem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quàm uterinis. Canoniſtæ verbo conſanguinitatis uſi ſunt ad ſignificandam omnis generis cognationem; *x. de conſang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam conſobrini] Agnatorum numero ſunt & duorum fratrum filii, qui fratres patrueles appellantur, & καταχρηστικῶς conſobrini: propriè enim, ut quidam putant, conſobrini ſunt duarum ſororum liberi, ita dicti quaſi conſororini, vid. *inf. tit.* 6. §. 4. ubi hoc fuſius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili ſexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati ſunt, *l.* 2. §. 1. *de ſuis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit.* 6. *inf.*

Qui poſt mortem patris] Etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l.* 1. §. *pen. de ſuis & legit.* Cæterum quod ad jus ſuccedendi attinet, neceſſe eſt, ut moriente eo, de cujus ſucceſſione quæritur, in rerum natura fuerint, aut ſaltem vivo eo concepti, *l.* 6. *cum* 2. *ſeqq. de ſuis & legit.* vid. *ſup. tit.* 1. §. 8.

Qui proximiore gradu ſunt, &c.] Legitima hæreditas tantùm proximo defertur, *l.* 2. §. 4. *de ſuis & legit.* & diſerta ſunt verba ipſa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æſtimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter ſi nullum factum eſt teſtamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur, ſi factum eſt teſtamentum, qui tunc, cùm certum eſſe cœpit, ex eo teſtamento hæredem exiſtere non poſſe. Sed hæc iterum & fuſius §. 5. *& ſeq.*

Textus.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque adgnationis jus conſiſtit; veluti inter filios naturales & eos, quos pater eorum adoptavit. Nec dubium eſt, quin ii impropriè conſanguinei appellentur. Item ſi quis ex cæteris adgnatis ſuis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu eſt, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos eſſe non dubitatur.*

Commentarius.

Adgnatorum nomen civile eſt, *l. ultim.* §. 4. *de grad. & affin.* ubi & ſuorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil intereſt, quoad jus ſuitatis, utrum naturales ſint, liberi, an adoptivi; §. 2. *præc. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti ſint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iiſdem fit agnatus, quibus pater ipſius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem conſequitur, vel ipſi illius, *l.* 2. §. 3. *de ſuis & legit. l.* 23. *de adopt.* Ulp. *in collat.* Ruſin. *tit.* 16. *Conſanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè conſanguinei] Rectè: nam ex definitione Caſſii conſanguinei propriè ſunt, qui ſanguine inter ſe ſunt connexi, *l.* 1. §. *pen. de ſuis & legit.* hoc eſt, ut nos interpretati ſumus, qui eumdem patrem ſanguinis auctorem habent: adoptati verò, etſi communem cum liberis naturalibus patrem habeant, ſanguinis tamen paterni nexu cum iſtis copulati non ſunt. Male autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l.* 23. *de adopt.* quo in loco manifeſtum eſt, jus ſanguinis accipi non pro conſanguinitate, ſed pro mera cognatione naturali. Cæterum etſi adoptati propriè conſanguinei non ſunt, jus tamen conſanguinitatis, & propter hoc legitimæ ſucceſſionis, cum aliis, qui ſunt in familia, habent, *l.* 1. §. *ult. de ſuis & leg. l.* 44. *de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi conſanguinei vocantur, *l.* 2. §. *ſed & ſi.* 19. *l.* 7. *ad Tertyll.* Poſt conſtitutionem Juſtiniani *l. pen. C. de adopt.* ſoli ex adoptivis jus conſanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciſcuntur, qui adoptati ſunt à perſona non extranea.

Agnatus inter tuos eſſe non dubitatur] Hotomannus *agnatos* legit in caſu accuſandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus eſt *inter ſuos hæredes*: ſed illa lectio manifeſtè vitioſa eſt, & vox *hæredes* omnino delenda; quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abeſſe teſtatur Hotomannus. Cum eodem pro *ſuos* repoſui *tuos*; quia contextus id flagitat.

Textus.

De maſculis & fœminis.

3. *Cæterum inter maſculos quidem agnationis jure hereditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, ultro citroque capitur: quod ad fœminas verò attinet, ita placebat, ut ipſæ conſanguinitatis jure tantum capiant hereditatem, ſi ſorores ſint; ulterius non capiant. Maſculi autem ad earum hereditates (etiamſi longiſſimo gradu ſint) admittantur. Qua de cauſa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hereditas ad te pertinebat: tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideo ita conſtitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura conſtitui, ut plerumque hereditates ad maſculos confluerent. Sed quia ſanè iniquum erat, in univerſum eas quaſi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum poſſeſſionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur: ex qua parte ita ſcilicet admittuntur; ſi neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit, ſed ſimplicitatem legibus amicam*

ample-

Digitized by Google

amplexa ſimili modo omnes adgnatos, ſive maſculos ſive fœminas cujuſcumque gradus, ad ſimilitudinem ſuorum invicem ad ſucceſſionem vocabat. Media autem juriſprudentia, quæ erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem diſpoſitione anterior, ſubtilitate quadam excogitata, præfatam differentiam inducebat; & penitus eas à ſucceſſione adgnatorum repellebat, omni alia ſucceſſione incognita: donec prætores paulatim aſperitatem juris civilis corrigentes, ſive quod deerat implentes, humano propoſito alium ordinem ſuis edictis addiderunt: & cognationis linea proximitatis nomine introducta; per bonorum poſſeſſionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum poſſeſſionem, quæ unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabularum ſequentes, & ejus veſtigia hac in parte conſervantes, laudamus quidem prætores ſuæ humanitatis; non tamen eos in plenum huic cauſæ mederi invenimus. Quare etenim, uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in maſculis quam in fœminis æqua lance conſtitutis, maſculis quidem dabatur ad ſucceſſionem venire omnium adgnatorum: ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus niſi ſoli ſorori ad adgnatorum ſucceſſionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eamdem diſpoſitionem exæquantes, noſtra conſtitutione ſancimus: omnes legitimas perſonas, id eſt, per virilem ſexum deſcendentes (ſive maſculini generis ſive fœminini ſint) ſimili modo ad jura ſucceſſionis legitimæ ab inteſtato vocari, ſecundum ſui gradus prærogativam; nec ideo excludendas, quia conſanguinitatis jura, ſicut germanæ, non habent.

NOTÆ.

3. *Simplicitatem legibus amicam*] *ſup. §. 7. de fideic. hær.* dicit, ſibi in legibus magis ſimplicitatem, quàm difficultatem placere.

Sive quod deerat implentes] Theoph. διορθοῦντες, ἢ καὶ τὸ ἐλλεῖπον ἀναπληροῦντες, *aut potius quod deerat implentes.* Quod prætori familiare. *l. 7. de juſt. & jure.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando conſanguinitas ab agnatione diſtingui, & quam ob cauſam cœpta?*
2 *Fœminæ agnatæ non conſanguineæ quo ordine vocentur à prætore?*
3 *Quid per mediam juriſprudentiam intelligat Juſtinianus? Ubi quædam non vulgaria.*
4 *Veteris Juriſprudentiæ contra accuſationem Juſtiniani defenſio.*

LOcus verboſus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam ſucceſſionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetuſtius. Lege duodecim tabb. fœminæ agnatæ juxta ac maſculi, cujuſcumque gradus eſſent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cùm mediæ ætatis conſultorum interpretatione coangustatum eſſet, reſtrictumque ad conſanguineas, id eſt, ſorores ὁμοπατρίας, excluſis remotioribus, quæ tantùm à prætore poſtea admiſſæ ſunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Juſtinianus hìc reſtituit. Hæc ſumma eſt.

Etiamſi longiſſimo gradu] Id eſt, ut plerique interpretati ſunt, etiamſi decimo ſint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum ſucceſſionem, rectène, an ſecus, videbimus infra §. *ult. de ſucceſſ. cognat.*

Ut ipſæ conſanguinitatis jure] Hoc eſt, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum eſt, conſanguinitas cœpta eſt diſtingui ab agnatione, & conſanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia poſt conſanguineas muliebris ſexus perſonæ, licet agnatæ eſſent, non admittebantur, agnatos definierunt eſſe virilis ſexus perſonas, *l. 2. §. 1. de ſuis & legit.* duoque quaſi ordines ex uno facti: *l. 1. §. 9. d. l. 2. in pr. d. tit. l. 4. unde cogn.* tùm antea lex 12. tabb. omnes per virilem ſexum cognatos uno agnatorum nomine appellaſſet, & proximis ex his ſine ulla ſexus aut conſanguinitatis diſcretione detuliſſet hæreditatem. 1

Quia commodius videbatur] Prudentibus viſum fuit, utilius eſſe ac rationi magis conſentaneum, ut hæreditates ad maſculos potius, quàm ad fœminas pervenirent: non tantùm quia maſculi reip. magis proſunt, dum aut bella gerunt, aut ſacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hìc affert Theophilus; aut ne mulieres diteſcerent, ac propter hoc elatæ æquarent ſe viris: verùm etiam & potiſſimum, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conſervantur & propagantur. Ac talis etiam ſcopus decemviris propoſitus fuit, dum ſolis agnatis hæreditatem detulerunt, excluſis cognatis omnibus non ejuſdem familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quàm proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris verbum proximitatis factum eſt proprium juris prætorii, eoque cognati propriè deſignantur, non agnati, *l. 3. l. 4. unde cognati.* In ſuis hæredibus nulla omnino ſervatur gradus prærogativa. In ordine verò agnatorum, etſi proximitas etiam ſpectatur, dum agnati inter ſe conferuntur, ea tamen non ſpectatur, quando conferuntur cum cognatis; quippe quibus omnibus ſolo jure agnationis præferuntur, etiamſi ipſi longè ſint remotiores.

Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus] Fœminas adgnatas ſecundo gradu remotiores, 2

tes, quæ jure civili in totum à ſucceſſione ab inteſtato repellebantur, poſtquam iis jus agnationis in ea cauſa ademptum erat diſputatione fori, prætor, ne in univerſum excluſæ manerent, in linea, quam tertiam ipſe fecit, admiſit, id eſt, nomine proximitatis vocavit ad bonorum poſſeſſionem unde cognati. Et verò nulla cauſa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quàm qui tantùm cognati ſunt. Ait, *neque adgnatus ullus*. Non ait *proximior*, ut mox, cùm de cognato loquitur: quia univerſus agnatorum ordo cognatis ſimpliciter præponebatur ſine conſideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus*. Nam in ſucceſſione cognatorum, ut quiſque proximior eſt, ita alterum excludit; nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum poſſeſſione conſiderat præter ſolam proximitatem.

3 *Media juriſprudentia*] Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tuningius ſequuntur, exiſtimant, Imperatorem ita loqui, cùm intelligat νομοθεσίας, ſeu leges, quæ latæ ſunt poſt duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longè abeſt hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priſcis temporibus in deſuetudinem abierat, ut apertè teſtatur Gell. *lib.* 20. *c.* 1. Jus autem, quod hìc media Juriſprudentia introduxiſſe dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi obſervantia. Paul. 4. *ſent.* 8. Ulp. *tit. de legit. hær.* §. *ad fœminas.* 6. Ac diu etiam poſt obtinuit, adeoque duravit uſque ad tempora Juſtiniani, qui demum poſt conſulatum Lampadii & Oreſtis id ſuſtulit, *l. pen. C. de legit. hær.* Præterea, ut alibi oſtendimus ex Cic. Aſcon. Dion. Auguſtino, lex Voconia ſanxerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac ne unicam filiam. Quod ſi ita eſt, nullo modo referri ad legem Voconiam poteſt, quod hìc adſcribitur mediæ Juriſprudentiæ. Nam ſi Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admiſit, procul dubio magis removit ſorores à ſucceſſione fratrum: & ſi nec ex teſtamento fœminas hæredes eſſe voluit, multo minus ab inteſtato: quippe plus ſemper tributum voluntati teſtatoris, facit §. 12. *ſup. tit.* 1. *l. pen.* §. 1. *C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *ſent.* 8. ubi ſic ſcribit: *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra conſanguineas ſucceſſiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla diſcretione ſexus adgnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere poſſis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra conſanguineas ad legitimam ſucceſſionem admitterentur, quàm jure civili, hoc eſt, diſputatione Juriſconſultorum: quæ juris pars, uti conſtat, communi nomine appellatur jus civile, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur.* Disjuncta enim cùm ſit Pauli oratio, non minus hoc, quàm illo poſito, veritas ejus conſtabit. Ac proinde ſi verbis Juſtiniani ſervientes mediam juriſprudentiam cum Theophilo interpretemur; *αἳς μετὰ τὴν δωδεκάδελτον εἰσήχθη*, non magis nobis Paulus adverſabitur, quàm alios juvabit, qui Voconium plebiſcitum intelligunt: videturque tantùm Juriſconſultus uſus eſſe hac disjunctione, ut ſibi caveret, cùm id quod de legitima conſanguinearum ſucceſſione, & reliquarum agnatarum excluſione ſcribebat, alterutro quidem jure effectum ſciret, utro autem effectum eſſet, in præſentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos verò ſine cunctatione juri civili adſcribemus, quod tribunitiæ rogationi nullo modo tribui poſſe clarè oſtendimus; idque ex ipſius etiam ſententia Pauli. Quippe cùm in omnibus disjunctionibus à differente ſignificetur, unum ſaltem verum eſſe. Et omnino ſic ſentio, jam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum eſſe inter ſecundum & tertium bellum Punicum, teſtatur Auguſtinus 3. *de civ. Dei c.* 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas fœminarum ſucceſſiones coercitas fuiſſe intra gradum conſanguinearum. Poſtea autem lege Voconia fœminas omnes penitus remotas fuiſſe & ab omni ſucceſſione. Cæterum cùm ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in deſuetudinem abiiſſet, revocatum denuo fuiſſe jus priſtinum, non quod duodecim tabulæ, ſed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nomine juriſprudentiæ hìc ſignificatur. VINN. Veriſſimum eſt, hoc jus eſſe ex jure civili, id eſt, ex interpretatione prudentum. Sed nec minus verum, illud inventum eſſe ex rationibus Voconianis, quibus & everſa ac abolita lege Voconia locus eſſe potuit. Conf. omnino quæ eruditè ad Paull. *recept. ſent. lib.* 4. *tit.* 8. diſſeruit V. C. Anton. Schultingius. Inde autem non ſequitur ut jus civile hìc ſit idem ac *juriſprudentia media*. Nimirum uti omnem juriſprudentiam, quæ prætoris edictum anteceſſit, vocarunt *veterem*: ita *media* eſt, quæ per edictum perpetuum invecta; *nova*, quæ per conſtitutiones novorum principum. Ita rem ego concipio: nec multo aliter V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p.* 198. HEIN.

Imperiali diſpoſitione anterior] D. VVeſembecius putat, mediam juriſprudentiam viguiſſe uſque ad occupatam à Cæſaribus remp. Sed malo cum Bachovio eam porrigere uſque ad tempora tranſlati in Orientem imperii: tunc enim primum pleraque mutata ſunt una cum forma reipub. & vetera inſtituta exoleſcere cœperunt. Priores verò Principes majorum inſtitutis conſtanter inhæſerunt, nec niſi parciſſimè legibus ſtante adhuc Repub. latis, aut veterum conſuetudini derogarunt. Quin etiam major dignitas juri civili, hoc eſt, diſputationi fori, acceſſit, ex quo Auguſtus conſtituit, ut conſulti ex Principis auctoritate de jure reſpondiarent, legeſque interpretarentur, *l.* 2. *circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Juſtinianus hìc ait de imperiali diſpoſitione; id ad Imperatores retro Conſtantinopolitanos.

Laudamus prætores ſuæ humanitatis] φιλανθρωπίας, more Græco uti. intelligitur enim ergo vel cauſa. Theophilus in paraphraſi reddidit, ἐπαινοῦμεν τὴν

φιλαν-

φιλανθρωπίας τοὺς στρατηγούς. Laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris eſt. Luc. 16.8. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τῆς ἀδικίας. Eadem reticentia eſt apud noſtros, cum ajunt, *noxæ dedere*, *ſatis legatorum deſiderare*, *l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg.* *ſatis dotis fieri*, *l. 22. §. ſi patri. 4. ſol. matrimon.* id eſt, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cic. 5. *in Verr. aliquid lucri vel acceſſionis dare*, i. e. nomine, vice acceſſionis. Celſ. *lib. 1. laudatur Hippocrates artis & facundiæ*.

Quare etenim, &c.] Tota vetus juriſprudentia reſponderet, æquiſſimum eſſe, ut plus maribus tribuatur, quàm fœminis propter onera, quæ domi militiæque ſoli mares ſuſtinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reip. obeunt. In bene conſtitutis civitatibus præcipuam ſemper familiarum & gentium rationem habitam fuiſſe, quarum dignitas cùm ſine opibus & pecunia retineri non poſſit, optimos quoſque legislatores in id operam dediſſe, ut ad maſculos fere hæreditates confluerent, ut ſolos generis ac nominis conſervatores propagatoreſque. Sext. Cæcilius Juriſconſultus etiam legem Voconiam revocandam cenſeret. Diceret, nihil ſibi ea lege videri utilius: quippe qua impotenti ſexui præcluſa ſit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus inſolenter ſeſe efferat, & inſultet ipſis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, ſe illius legis jactare ſuaſorem, &c. Sed noſter legislator more ſuo pro muliebri ſexu, cui impenſè ſemper favet, declamitat, *l. pen. C. de legit. hær. l 4. C. de lib. præt.*

Noſtra conſtitutione] Extat in *d. l. pen. C. de legit. hær.* ubi ſimiliter, ut hoc loco, lege duodecim tabularum prolixè commendat, ut quæ bene humano generi proſpexerit. Cæterum ubi viſum eſt, eam iterum incuſat, veluti in *pr. ſeq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis anguſtis terminis jura ſucceſſionis concluſerit. Tandem longiſſimè ab ea receſſit, ſublata omni agnatorum prærogativa. *Nov.* 118.

Secundum ſui gradus prærogativam] Ita ut ex conſtitutione Juſtiniani fœminæ omnes agnatæ gradu proximiores agnatis maſculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipſis conſuluit, quàm prætor, qui agnatas remotiores conſanguineis ne in ordine quidem agnatorum admiſit, ſed demum poſt omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & poſt cognatos proximiores. Ut autem hìc utrumque in ſuo ordine exæquavit Juſtinianus; ita *d. Nov.* 118. jura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

De filiis ſororum.

4. *Hoc etiam addendum noſtræ conſtitutioni exiſtimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam ſucceſſionem; ut non ſolum fratris filius & filia, (ſecundum quod jam definivimus) ad ſucceſſionem patrui ſui vocentur; ſed etiam germanæ conſanguineæ, vel ſororis uterinæ filius & filia ſoli, & non deinceps perſonæ, una cum his ad jura avunculi ſui perveniant; & mortuo eo, qui patruus quidem eſt ſui fratris filiis, avunculus autem ſororis ſuæ ſoboli, ſimili modo ab utroque latere ſuccedant, tamquam ſi omnes ex maſculis deſcendentes legitimo jure veniant, ſcilicet ubi frater & ſoror ſuperſtites non ſunt. His etenim perſonis præcedentibus & ſucceſſionem admittentibus, ceteri gradus remanent penitus ſemoti, videlicet hereditate non in ſtirpes, ſed in capita dividenda.*

NOTÆ.

4. *Vel uterinæ filius*] Ipſi fratres & ſorores uterini jam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. Cod. ad SC. Tertyll.* quod repetitum poſtea *l. ult. §. 2. C. de leg. hæred.*

Sed in capita] Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum ſinguli ſingulas ferent, *l. 2. §. 2. de ſuis & leg.* Ulp. *tit.* 26. §. 3. Nec id abolitum *d. Nov.* 118. *c.* 3. §. 1. Utique in Oriente obſervatum conſtat. Harm. *lib.* 5. *tit.* 8. §. 21.

COMMENTARIUS.

1 *Fratres germani.*
2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, noviſſimique juris crebra inculcatio.*

IN calce ſuperioris tit. deſcendentes ex fœminis transtulit in ordinem ſuorum: proximè præcedenti §. fœminis agnatis ultra ſecundum gradum jura ſucceſſionis legitimæ reſtituit. Hìc etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accerſitos tranſponit in ordinem agnatorum, ſororum ſcilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti; quos pariter cum agnatis ejuſdem gradus vult ſuccedere. Non quieſcet, donec diſcrimen omne ſexus, agnationis, cognationiſque confuderit.

Addendum noſtræ conſtitutioni] Duo ſunt conſtitutionis ſupradictæ, & ſcilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita: quorum in priore fœminis agnatis, quocumque gradu ſint, jus legitimæ ſucceſſionis datur, in altero ſororum filiis & avunculis defuncti.

Unus tantummodo gradus] Tertius ſcil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut poſt agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant.

Cæ-

Cæterum Nov. 118. cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis conceſſit.

1 *Germanæ conſanguineæ, vel ſororis uterinæ filius*] Ἀδελφῆς ὁμοπατρίου ἤγουν ὁμομητρίου υἱὸς, ſororis conſanguineæ, vel uterinæ filius. Theoph. ſic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam, quæ ex eodem tantùm patre nata eſt. Vulgo tamen creditur, fratres germanos propriè dici, qui eumdem utrumque parentem habent. Terent. *in Andr. act. 1. ſcen. 5. v. 57. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. act. 2. ſcen. 4. v. 5. O mi Æſchine, ò mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis *pro Milon. cap. 27. Clodius cum ſorore germana nefarium ſtuprum fecit.* Ubi *germana* expreſſum videtur ad augendam gravitatem delicti; cùm grandius nefas admittat, qui ſorori ex utroque parente conjunctæ ſtuprum infert, quàm qui conſanguineæ tantùm, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Feſtus ſcribit; *Germen*, inquit, *eſt, quod ex arborum ſurculis naſcitur; unde & germani, quaſi eadem ſtirpe geniti.* Græcis dicuntur αὐτάδελφοι αὐτοκασίγνητοι. Podarces αὐτοκασίγνητος Proteſilai. *Iliad. 13.*

2 *Vel ſororis uterinæ*] Fratres & ſorores uterini qui dicantur ſatis notum eſt, nimirum qui geniti diverſo patre prodierunt ex eodem utero, ſive qui eamdem habuerunt matrem dumtaxat, ὁμομήτριοι, ſeu ὁμογάστριοι. Sic autem hìc loquitur Imperator, quaſi ipſa ſoror uterina ſit in numero legitimorum. Eſtne igitur? Jure antiquo ſanè non fuit, cùm non ſit agnata: & conſtat, eo jure filium fratris præmortui ſororem defuncti uterinam excluſiſſe agnatoſque adeo omnes, quantumvis gradu remotiſſimos, ordine tamen potiores fuiſſe ſolis cognatis. Sed ſciendum eſt, ab ipſo Juſtiniano jam ante editam *l. pen. C. de leg. hær.* fratres & ſorores uterinos translatos fuiſſe in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad ſen. Tertyll.* quod repetitum poſtea *l. ult. §. 2. C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias ſorori, qui in tertio cognationis gradu ſunt, cum agnatis ejuſdem gradus ad legitimam ſucceſſionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov. 118.* omnes pari jure, ut jam dictum eſt.

Avunculus autem ſororis ſuæ ſoboli] Finge igitur, eſſe defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, eſſe & filium ſororis, præterea patruum & avunculum; hìc cognati, filius ſc. ſororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov. 118* fratrum & ſororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & ſoror ſuperſtites non ſunt] Hoc quoque mutatum jure noviſſimo, unaque cum fratribus & ſororibus defuncti admiſſi germanorum fratrum & ſororum filii & filiæ jure repræſentationis, ut in ſtirpes veniant, *d. Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1.* Eodem jure non ſolùm fratres germani, ſed etiam eorum demortuorum filii præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantùm.

Succeſſionem admittentibus] Repudiantibus enim vel deficientibus primis ſuccedunt & admittuntur proximi graduum ſequentium. De quo ſub §. *pen. inf. eod.*

Non in ſtirpes ſed in capita] Ut hæreditas in tot partes diſtribuatur, quot ſunt hæredes; ut puta, duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum ſinguli ſingulas ferent, *l. 2. §. 2. de ſuis & legit.* Ulp. *tit. 26. §. 3.* Ratio cur in capita fiat diviſio, hæc eſt, quod omnes, ut pari gradu ſunt, ita ſuo quoque jure atque ex ſua perſona veniant, non jure repræſentationis aut ſucceſſionis in locum parentum: cùm alioqui ſimul cum ſuis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in ſtirpes ſuccedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cùm ſoli ſunt, in ſtirpes ſuccedere debeant, quod Joannes voluit, an verò in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. ſub tit. 5.*

TEXTUS.

De proximis vel remotis.

5. *Si plures ſint gradus adgnatorum, apertè lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque ſi (verbi gratia) ſint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis ſingulari numero uſa lex duodecim tabularum proximum vocet; tamen dubium non eſt, quin ſi plures ſint ejuſdem gradus, omnes admittantur. Nam & propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium eſt, quin, licet unus ſit gradus adgnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

COMMENTARIUS.

Lex duodecim tabb. proximum vocat] Hiſce verbis: *Agnatus proximus familiam habeto, l. pronuntiatio. 195. §. 1. de verb. ſign.* Ulp *tit. 26.* Voluit ergo lex, in ordine agnatorum ſervari gradus prærogativam, & ſolos proximos hæreditatem capere; eaque cauſa eſt, cur inter agnatos ſemper in capita, non in ſtirpes hæreditas dividatur, *l. 2. §. 2. de ſuis & legit.*

Frater potior habetur] Nimirum quia frater ſecundo gradu eſt, fratris filius tertio: ſolùm autem proximum lex vocat. Eadem ratione ſoror quoque defuncti conſanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l. 3. C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum eſt §. *præced.* Juſtinianus Nov. 118. conceſſit fratrum filiis beneficium repræſentationis.

Si plures ſint eiuſdem gradus, omnes admittantur] Lex duodecim numero ſingulari proximum vocat, non quod, ſi plures ſint pari gradu, neminem admitti voluit, quod eſſet ridiculum; ſed

quia

Digitized by Google

quia divinare non potuit, quot quiſque agnatos relicturus eſſet. Quod ſi ergo plures ſint ejuſdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur, *l.2.§.2.de ſuis & legis.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, ſi plures ſint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *l. 8. l.9. de legit. tut. §. ult. ſup. de cap. dem.*

Propriè proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relativè ad differentiam remotiorum, eumque ſignificat propriè, qui inter plures diverſorum graduum proximior eſt, *l.* 1 §.5. *unde cogn.* Sed docet hìc Imperator, verbum hoc captandum non eſſe; atque ex ſententia legis, etiamſi unus tantùm gradus agnatorum ſit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp.*d.l.2.* §. 4. *de ſuis & legit.* qui ſic eo loco ſcribit; *Legitima hæreditas tantùm proximo defertur. Nec intereſt, unus ſolus ſit, an ex duobus prior, pluribuſve, an duo pluresſve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel ſoli ſint; quia & is proximus eſt, quem nemo antecedit; & is ultimus, quem nemo ſequitur; & interdum idem primus poſtremuſque, qui ſolus occurrit.* Add.*l.1.§.5.unde cogn.l.proximus.92.l.proximi.155.in vulgari.162. de verb. ſign.*

TEXTUS.

Quo tempore proximitas ſpectatur.

6. *Proximus autem, ſiquidem nullo teſtamento facto quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus eſt is, cujus de hæreditate quæritur. Quod ſi facto teſtamento quiſquam deceſſerit, per hoc tempus requiritur, quo certum eſſe cœperit, nullum ex teſtamento hæredem extiturum. Tunc enim propriè quiſque inteſtatus deceſſiſſe intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo ſpatio temporis ſæpe accidit, ut proximiore mortuo, proximus eſſe incipiat, qui moriente teſtatore non erat proximus.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus delatæ ab inteſtato hæreditatis non ſemper unum eſſe & idem.*

CUm quæritur, quo tempore ſpectandum, ſive an quis ſuus ſit, ſive an proximus agnatus cognatuſve, dicendum quidem eſt, ſemper ſpectari tempus delatæ ab inteſtato hæreditatis. Cæte-
1 rum hoc tempus non ſemper unum eſt & idem. Intereſt enim, utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo teſtamento facto deceſſerit, (quod tunc quoque intelligitur, cùm aut non jure fecit, aut, quod fecit, ipſo adhuc vivo everſum eſt,) an facto jure teſtamento, quod demum poſt mortem ejus in irritum conſtituatur. Priore caſu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cùm paterfam. moreretur; quia hìc tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit; poſteriore eum, qui tunc eſt, cùm teſtamentum deſeritur: quia mortuo patrefam. teſtamento facto, non ante hæreditas ejus ab inteſtato deferri incipit, quàm certum eſt, neminem ex eo teſtamento hæredem extiturum, *l. 2. §.5.& 6.de ſuis & legit.l.1. §. 6. & 7.unde cogn.* Uberius hæc expoſuimus ſub §. 7. *ſuperioris tit.*

Tunc enim propriè quiſque inteſtatus] D. Contius legit: *Tunc enim etiam propriè* &c. quomodo Ulp. *l. 1. pr.de ſuis & legit.* eum etiam, cujus ex teſtamento hæreditas adita non eſt, ait, non impropriè inteſtatum deceſſiſſe. Sed Juſtinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ ſit in propoſito inter eum, qui teſtamentum non fecit, qui protinus inteſtatus moritur, & eum, qui fecit teſtamentum, qui ex eo demum tempore, quo teſtamentum ejus deſtitutum eſt, inteſtatus deceſſiſſe intelligatur.

Qui moriente teſtatore non erat proximus] Sit ſpecies hujuſmodi. Fecit quis teſtamentum, cùm haberet patruum & patrui filium: deliberante hærede ſcripto, patruus deceſſit: mox hæres inſtitutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admittetur, *l. 2. §. 5. de ſuis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi conſtat, non qui ulterior ſit, quo tempore admittitur, ſive tempore deſtituti teſtamenti, ſed anaphoricè, qui erat ulterior cùm patruelis moreretur.

TEXTUS.

De ſucceſſorio Edicto.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum ſucceſſionem non eſſe: id eſt, ut quamvis proximus, qui ſecundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut ſpreverit hæreditatem, aut antequam adeat, deceſſerit, nihilo magis legitimo jure ſequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum ſine adminiculo relinquebant, ſed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluſo. Sed nos nihil perfectiſſimo juri deeſſe cupientes, noſtra conſtitutione, quam de jure patronatus humanitate ſuggerente protulimus, ſancimus, ſucceſſionem in adgnatorum hæreditatibus non eſſe eis denegandam: cùm ſatis abſurdum erat, quod cognatis à prætore apertum eſt, hoc agnatis eſſe recluſum, maximè cùm in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente ſequens ſuccedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permiſſum.*

COM-

Digitized by Google

Commentarius.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus ſucceſſionem non fuiſſe, & quamobrem?*

2 *Quomodo accipiendum, quod dicitur, ſucceſſionem non eſſe in ſuis hæredibus: & num id poſtea mutatum?*

3 *Cur Imperatori viſum, ſucceſſionem in agnatorum hæreditate admitti?*

1 JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus ſucceſſioni; hoc eſt, proximo repudiante vel deficiente ad inſequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non tranſmittebatur. Ulp. *tit.* 26. §. 4. & ideo fratre verbi cauſa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. Paul. 4. *ſent.* 8. Atque hoc eſt, quod ſcribit idem Ulp. *l. 2. in pr. de ſuis & leg. Si ſunt conſanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis,* id eſt, agnatis remotioribus, *non deferri*. Rationem hujus juris ſuggerit Paul. *d. loc.* quia omnis ſucceſſio proximiori defertur, hoc eſt, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantùm ſemel ut unica illa delatione poteſtate legis conſumpta, gradus inſequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non poſſit. Nimirum ſic primis deferebatur, ut in horum perſona conſiſteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod ſi illi hæreditatem omiſiſſent, aut non adiiſſent morte præventi, ſequentibus gradibus non deferebatur, ſed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiſcum ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hìc abrogat, data legitimis hæredibus ſucceſſione exemplo cognatorum.

In eo genere] In ſecundo ſcilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quamquam nec in ſuis hæredibus ſucceſſio eſt, teſte Ulp. *l.* 1. §. *ſciendum.* 8. *de ſuis & legit.* ubi ſcilicet agitur de gradibus ejuſdem lineæ, de filio & nepote ex eo, ut poſtquam filio ſemel delata eſt hæreditas, nepoti ut ſuo hæredi aut agnato non deferatur, *l. ult. C. unde lib.* alioqui conſtat, nepotes in locum patris ſui præmortui ſuccedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique, etiam *d. l. ult.* correctam eſſe per hunc §. aut certè per *Nov.* 118. *c.* 1. ſed contrarium teſte Jaſone tenuerunt Ultramontani & DD. Bononienſes, quorum ſententia mihi videtur ex ratione Juris communis verior.

2 *Nihilo magis legitimo jure ſequentes*] Quid ſi plures ſint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiſerint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accreſcit, & licet deceſſerint, antequam accreſceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l. 9. de ſuis & legit. §. ult. infr. de ſen. Orfic.* Ulp. *tit.* 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant] Edicto ſucceſſorio, *l. 1. de ſucceſſ. edict.* Obſervabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam, v. g. Titius inteſtato deceſſit relicto fratris filio, itemque filio ſororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur, ſed nec ut cognatus ad bonorum poſſeſſionem, quia obſtat filius ſororis cognatus proximior.

Agnationis jure eis recluſo] *Recluſo* dixit pro *occluſo*; uti & iterum poſtea, *hoc agnatis eſſe recluſum*, contra auctorum loquendi conſuetudinem, quibus recludere eſt, quod clauſum erat aperire, reſerare, Virg. 8. *Æneid. v.* 241. *Infernas reſeret ſedes & regna recludat*. Horat. *lib.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cœlum*, &c. Juſtinianus tamen *lib.* 1. *cap.* 9. de pellicibus regiis loquens dicit ſingula ſeparatim *recludi* pro *occludi*. In *l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Juſtinian. pro *excluditur*, cum ait, *Germana ejus ab eadem ſucceſſione recluditur*.

Conſtitutione noſtra] Conſtitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit.* 7. *in pr.* & multis aliis in locis; ſed deſideratur. Hac autem conſtitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem ſibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus ſequentes excluſis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum eſt jus agnatorum. Hodie verò nullus eſt hujus beneficii uſus, poſtquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov.* 118. *c.* 4.

3 *Quod cognatis à prætore apertum*] Duas rationes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum eſſe velit ſucceſſioni. Prima eſt, quæ hìc redditur, quia prætor eam admiſit in ordine cognatorum, *l. 1. § qui ſemel. 6. & §. quibus. 10. de ſucceſſ. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris ſubtilitas eſt, quod proximiore agnato deficiente ulterior admitti non poſſit. Vinn. Ex quo patet, falli Aleandrum & Oiſelium, qui ad Caji *Inſt. lib.* 11. *tit.* 8. §. 23. ſcribunt, agnatos remotiores jure civili excluſos vocatos eſſe edicto prætoris *unde cognati*. Propiorem enim cognatum eo caſu excluſiſſe remotiorem agnatum certiſſimum eſt. Vid. V. C. Ant. Schulting. *Juris prud. vet. p.* 139. Hein.

Maximè cum in onere tutelarum] Ratio altera & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipſa lex 12. tabb. voluit, quia eoſdem vocavit ad hæreditatem, ſucceſſioni locus eſt, & proximiore agnato vel mortuo, vel capite minuto, qui poſt eum eſt, in adminiſtratione ſuccedit, *l. 3 § pen. de leg. tut.* juſtum & æquum eſt, ut eodem modo deficiente priore, qui ſequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l. 10. de reg. jur.*

Textus.

De legitima parentum ſucceſſione.

8. *Ad legitimam ſucceſſionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex noſtra conſtitu-*

Digitized by Google

ſtitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum ſemper videantur quaſi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, niſi ſpecialiter contracta fiducia parens manumiſiſſet.

NOTÆ.

8. *Ex noſtra conſtit.*] *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis ſolemnitates ſuſtulit, ſalvo tamen jure patris manumiſſoris, ut ſcil. nihilominus tamquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumiſſor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov.* 118. *c.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *Filiumfam. hæredem ab inteſtato non habuiſſe uſque ad conſtitutionem Leonis & Anthemii.*
2 *Quo loco ex ea conſtitutione pater vocetur, & quo ex Nov.* 118.
3 *Quo jure olim pater ut pater ſucceſſerit filio emancipato?*

1 TRactatur hic de legitima ſucceſſione parentis, non quatenus ut parens conſideratur, ſed quatenus ut manumiſſor patronus. Quo ordine pater filio olim ſucceſſerit, non ſatis liquet. Illud conſtat, in filiofam. hujuſmodi quæſtioni locum eſſe non potuiſſe jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet poſtea exceptum fuerit peculium caſtrenſe, & paulatim etiam quaſi caſtrenſe, permiſſumque filiofam. in his bonis hæredem ſibi teſtamento inſtituere; jus tamen vetus hactenus patri conſervatum fuit, ut ſi filius inteſtatus deceſſiſſet, bona iſta pater jure peculii occuparet, *l. 2. l. 9. de caſtr. pec.* Hoc igitur caſu manebat adhuc eadem conditio bonorum caſtrenſium, quæ reliqui peculii. Atque hucuſque filiusfam. hæredem ab inteſtato habere non potuit: ſed habere poſſe demum cœpit poſterioribus temporibus, cùm liberis conceſſa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta ſunt. Extat
2 conſtitutio Leonis & Anthemii *l. 4. C. de bon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: ſi nulli ſint liberi, fratribus & ſororibus: ſi hi quoque deſint, tertio loco parentibus; nec ergo jam amplius tamquam peculium, ſed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio ſuccedendi fuit & in bonis caſtrenſibus. Nam ſi bona adventitia, quorum uſumfructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile eſt nec potuiſſe caſtrenſia. Quod & ipſum ſatis apertè teſtatur Juſtinianus in *princ. tit. quib. non eſt perm. fac. teſt. lib.* 2. cùm ait, ſi filiifam. qui caſtrenſe peculium habent, inteſtati deceſſerint, nullis liberis vel fratribus ſuperſtitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi hoc eſt, jure hæreditario ex poſteriorum Principum conſtitutionibus: nam ſi jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri poſſet, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. loc.* fuſius diſſeruimus. Novella 118. parentes ſine diſcretione ſexus aut poteſtatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine ſecundo, cum quibus tamen ſimul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium verò 3
emancipatum quod attinet, planum quidem eſt, patri manumiſſori legitimam inteſtati hæreditatem delatam fuiſſe: at quo jure quove loco ſucceſſerit ut pater, non item. Habuiſſe patrem jus ſuccedendi, patet ex eo, quod præteritus ſuo jure de inofficioſo agere potuit, *l. 1. §. ult. ſi à par. quis man. l. 14. de inoff.* quod utique nemo poteſt, niſi qui jus ſuccedendi ab inteſtato habet: & tamen jure civili hæredem eum eſſe non potuiſſe, argumento eſt, quod eo jure ad hæreditatem tantùm ſui hæredes, & his non exiſtentibus agnati vocantur: pater autem neque ſuus eſt, neque agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admiſſum ad bonorum poſſeſſionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi, an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & ſorores, qui ad bonorum poſſeſſionem fratris ſui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quàm unde cognati. Sed etſi unde cognati dicas, adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus excluſus fuit, *l. 2. C. ad ſen. Tertyll.* Rurſus ſi unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & poſt Senatuſconſultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, *l. 2. §. ult. unde legit.* At pater in petenda bonorum poſſeſſione matri prælatus fuit etiam poſt illud Senatuſconſultum, *l. 10. de ſuis & legit. l. 2. §. objicitur. 15. ad ſen. Tert. §. 3. inf. eod. tit.* Ego ſic exiſtimo, patrem olim admiſſum fuiſſe ex capite unde cognati, cognatiſque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri; quod jus ei expreſsè reſervatum fuerit Senatuſconſulto, dictamque *l. 2. C. ad ſen. Tertyll.* à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad *l. 4. C. de bon. quæ lib. & l. 11. C. comm. de ſucceſſ.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id eſt, qui liberos ex pacto fiduciæ ſibi remancipatos manumittit. Nam inventis ad uſurpationem vetuſtatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumiſſionibus, de quibus in *§. præterea. 6. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.* ſolebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis ſibi remancipandis, quos ipſe deinde manumittebat, eoque facto, ipſe pater in eos eorumque bona jura patroni conſequebatur, *tit. ſi à par. quis man.* Cæteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc eſt, ea lege & fide ſaltem interpoſita, ut liberos ſibi traditos emptor manumitteret: qui ob id dicebatur fiduciarius, teſte Cajo *lib. 1. tit. 6. §. 3.*

Sem-

Semper videantur quaſi contracta fiducia fieri] Juſtinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis ſolemnitates ſuſtulit, *l. ult. C. de emanc. lib.* ſalvo tamen jure antiquo patris manumiſſoris, ut ſcilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni conſequatur, perinde ac ſi contracta fiducia eum emancipaſſet. Parum autem ſubtiliter loquuti ſunt Compoſitores cùm ajunt, emancipationem ex conſtitutione Juſtiniani ſemper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus ſublatum eſt? Jure Novellarum parens manumiſſor jure patroni, quoad commodum hæreditatis non amplius utitur, *arg. Nov.* 118. *cap.* 2. VINN. Videntur compoſitores hoc loco ad aliam reſpexiſſe conſtitutionem, quæ cum Codice Juſtinianeo intercidit, qua Imperator ſanxerat, ut pactum fiduciæ ſemper interpoſitum eſſe fingeretur, etiamſi expreſsè interpoſitum non eſſet. Sed hac conſtitutione poſt *l. ult. C. de emanc. lib.* non amplius opus fuit. Unde & omiſſa fuit in C. Repetitæ prælectionis. Ceterum omnino eatenus excuſari nequeunt compoſitores Inſtitutionum, quod immemores novæ iſtius conſtitutionis vetuſtioris & abolitæ fecerunt mentionem. HEIN.

TITULUS TERTIUS.
DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 17. *C. Lib.* 6. *Tit.* 56.

Argumentum hujus & ſequentis tituli.

HOc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum ſuorum inteſtatorum legitimam hæreditatem vocetur; in ſequenti, quando & quomodo illi matri inteſtatæ ſuccedant.

TEXTUS.

De lege 12. Tabb. & jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita ſtricto jure utebatur, & præponebat maſculorum progeniem; & eos qui per fœminini ſexus neceſſitudinem ſibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret; niſi quod prætores ex proximitate cognatorum eas perſonas ad ſucceſſionem bonorum, poſſeſſione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

NE *quidem inter matrem & filium*] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis conceſſum fuiſſe. Quod verum eſt. Nam lex iſta duos dumtaxat ordines hæredum ab inteſtato fecerat, ſuorum ſc. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec ſui hæredes invicem ſunt, nec agnati. Cognati quidem invicem ſunt, ſed cognati nulli à lege vocantur. VINN. Hæc quidem in ſe vera ſunt. Potuit tamen contingere, ut & mater ex lege XII. tabb. filii hæres eſſet (1) ſi eſſet ejuſdem familiæ, vel gentis, e. g. ſi Scipio alterius Scipionis filiam duxiſſet, ex eaque procreaſſet liberos. Hic enim mater tanquam agnata ſuccedere poterat, ſi eſſet proxima. Deinde (2) ſi mater in manum conveniſſet. Sic enim eodem erat loco, quo filiafamilias, adeoque & filiis tanquam agnata ſuccedebat. Aſt poſteaquam media juriſprudentia agnatas præter ſorores excluſerat, & uxores rarius in manum convenire cœperant; rariſſima quoque fuit matrum ſucceſſio, antequam SCto Tertulliano illis proſpiceretur. HEIN.

Niſi quod prætores ex proximitate] Pro *niſi* utendum erat conjunctione diſcretiva, *cæterum* aut *ſed*; ne quis putet, ex præſcripto legis quod prætores fecerunt. Senſus enim eſt, prætorem more ſuo rigorem legis antiquæ mitigaſſe, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem ſibi feciſſe bonorum poſſeſſores, ad mutuam ſucceſſionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipſe ſolius proximitatis & ſanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

De Conſtitutione Divi Claudii.

1. *Sed hæ juris anguſtiæ poſtea emendatæ ſunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad ſolatium liberorum amiſſorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

COMMENTARIUS.

HÆ *juris anguſtiæ emendatæ*] Hoc eſt, ipſi legi 12. tabb. poſtea derogatum eſt, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri & liberis datum Senatuſconſultis: ac dehinc cùm antea demum poſt omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum poſſeſſionem, vocari cœpti ſunt ordine ſecundo ex capite *Unde legitimi*, *l. 2. § ult. unde legit.*

Primus D. Claudius] De claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propoſitam facere videatur, niſi huc referas, quod Suetonius ſcribit *cap.* 19. eum fœminis dediſſe jus quatuor libero-

Digitized by Google

liberorum;quod etſi quid ſignificet,obſcurum eſt, opinor tamen, cum intelligere jus liberis ſuccedendi, cujus hìc fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, cæterum non omnibus, verùm iis dumtaxat, quæ quater peperiſſent. Sanè accipi non poteſt pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis ad evitandas pœnas legis Papiæ; quarum una erat, quod ſolidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *ſatyr.* 9.

Jura parentis habes, propter me ſcriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poeta, qui maritum hoc ſibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia conſtitutas jam non patiatur, ſed ſolidi capiendi jus habeat; quippe cùm maritus ipſe liberos ex uxore ſuſcipere non poſſet, vicem ejus ſuppleſſe, & inde liberos natos. VINN. Omnino privilegium à Claudio conceſſum apud Suet. *c.* 19. pertinet ad L. Juliam & Papiam: eoque id conſequebantur feminæ, ut tutela liberarentur, ſolidum & caducum caperent, pœnas orbitatis evitarent. Diximus ea de re fuſius in *Comment. ad l. Jul. & Pap.* Procul dubio hoc privilegium à Claudio non tam omnibus feminis, quam quibuſdam ſpeciali beneficio conceſſum eſt. Vid. Cujac. *Not. Poſter. ad h* §. HEIN.

Ad ſolatium liberorum amiſſorum] Ut hoc qualiquali ſolatio luctum amiſſorum liberorum levaret; quomodo Pompon. *l. 6. de jur. dot.* patri ſuccurſum eſſe ſcribit, ut filia amiſſa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amiſſæ & pecuniæ damnum ſentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amiſſos ſignificari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

Ad Senatuſconſultum Tertyllianum. De jure liberorum.

2. *Poſtea autem Senatuſconſulto Tertylliano, quod divi Adriani temporibus factum eſt, pleniſſimè de triſti ſucceſſione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum eſt: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur inteſtato mortuorum, licet in poteſtate parentis ſit: ut ſcilicet cùm alieno juri ſubjecta eſt, juſſu ejus adeat hæreditatem, cujus juri ſubjecta eſt.*

NOTÆ.

2. *De triſti ſucceſſione matri*] Ut ad quam ſummus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eamdem quoque luctuoſa hæreditas perveniret.

Licet in poteſtate parentis] *l. 6. C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc caſu acquirebat patri: hodie verò mater proprietatem, avus uſumfructum habet, per *l. 6. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

D*ivi Adriani temporibus*] Zonaras *lib.* 2. teſtatur, hoc Senatuſconſultum factum eſſe divo Pio auctore; quod & faſti confirmant, in quibus poſt Barbatum & Regulum conſules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipiemus non patrem, ſed filium, Antoninum ſc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen ſortitus eſt, & Adrianus quoque appellatus. Sic epiſtola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejuſſoribus beneficium diviſionis datum eſt, divo Pio tribuitur *l. ſi teſtamento.* 49. §. 1. *in fin. de fidejuſſ.* Ob eamdem rationem Adrianus quoque Trajani nomine ſæpe appellatur. Cujac. *hic.* VINN. Hæc omnia quam incerta ſint, quamque parum fidei mereantur Zonaras, diximus *in Antiq. Rom. h. t.* §. 3. idemque ante nos monuit V. C. Ant. Schult. *in Juriſprud. vet. ante uſt. p.* 668. HEIN.

Pleniſſimè de triſti ſucceſſione] Pleniſſimè, id eſt, diligentiſſimè; accuratè enim de hac ſucceſſione Senatuſconſulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipſa, vel qui ipſam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. vid. *l. 2. hoc tit. Triſti ſucceſſione:* luctuoſam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inſt. & ſubſtit.* ſcilicet quia obvenit contra votum matris. quæ velit & optet, liberos ſuæ ſupereſſe vitæ ſoſpites & ſuperſtites.

Non etiam aviæ] Senatuſconſultum Tertyllianum matri tantùm filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulterioris gradus adſcendentibus nepotum neptumve aut deinceps deſcendentium. Unde petenda ratio *l. 9. C. de legit. hær.* quæ in ſucceſſione inteſtatæ ſororem præfert, aviæ nimirum conſanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, ſimul admiſſam fuiſſe non eſt dubitandum. Credibile autem eſt, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum proceſſum non eſſe: ulterius tamdem progreſſus eſt Juſtinianus, *Nov.* 118.

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod Senatus non ſimpliciter matribus omnibus, ſed quæ multos cives reipubl. peperiſſent proſpexit; & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ eſſent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatuſconſulto non ſuccedunt, niſi jus liberorum à Principe conſecuræ ſint. Paul. 4. *ſent.* 9. *in pr. & fin.* Ulp. *tit.* 26. §. *ult.*

Inteſtato mortuorum] Igitur neceſſe eſt, ut liberi defuncti, quorum de ſucceſſione agitur, fuerint ſui juris: nam qui in poteſtate ſunt, jure antiquo nullo caſu hæredem ab inteſtato habere potuerunt, ne in bonis quidem caſtrenſibus, ut demonſtravimus ſub §. *ult. præc. tit.* Hodie verò id ſecus eſt: nam ex *Nov.* 118. mater proprio jure ſuccedit, & vel ſola, vel cum patre & fratribus

defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatuſconſulti uſus ſit.

Licet in poteſtate parentis] Quominus mater ad hæreditatem ex Senatuſconſulto admitteretur, non impédiebat, quod in aliena erat poteſtate, *l.6.C.hoc tit.* quamvis hoc caſu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, ſed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quàm matri, conſuleretur. At hodie uſumfructum tantùm in propoſito avus conſequetur, mater proprietatem habebit, per *l.cum oportet.6. C. de bon. quæ lib.*

Textus.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui ſui ſunt, quive ſuorum loco ſunt, ſive primi gradus, ſive ulterioris. Sed & filiæ ſuæ mortuæ filius vel filia præponitur ex conſtitutionibus matri defunctæ, id eſt, aviæ ſuæ. Pater verò utriuſque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, ſcilicet cum inter eos ſolos de hæreditate agitur. Frater autem conſanguineus tam filii, quàm filiæ excludebat matrem: ſoror autem conſanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed ſi fuerant frater & ſoror conſanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & ſororibus.*

Notæ.

3. *Frater conſanguineus &c.*] Tria dicit, 1. fratres defuncti conſanguineos matrem excluſiſſe, 2. ſorores conſanguineas, ſi ſolæ, cum matre admiſſas, 3. ſi & ſorores & fratres conſanguinei, ſorores cum fratribus admiſſas excluſa matre.

Liberis onerata] Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* oſtendit legendum eſſe *honorata*. Theoph. ἔχουσα δίκαιον παίδων, & *inf.§.5.* [illegible], Cic. 1. *Tuſc. cap. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

Commentarius.

1 *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur?*
2 *Qui ex liberis filiæ defunctæ?*
3 *Qui adſcendentium?*
4 *Qui lateralium?*

Continet hic §. declarationem Senatuſconſulti Tertylliani; doceturque primo quid juris ſit, ſi cum matre defuncti exiſtant liberi; deinde ſit pater aut avus paternus; tertio ſi fratres aut ſorores.

Præferuntur matri liberi defuncti] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti, ſive primi ſive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque ſive agatur de maſculi, ſive de fœminæ ſucceſſione, ut mox apparebit.

Qui ſui, quive ſuorum loco] Hinc neceſſe eſt 1
caſus ponatur, quo filius mortuus eſt: ſiquidem filia ſuos hæredes habere non poteſt. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos, qui ſui defuncto hæredes ſunt, tum qui ſunt ſuorum loco. Sui ſunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi poſt emancipationem matri defuncti non obſtant, nec admittuntur, niſi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l.2.§.liberi.6.h.tit.* Quid autem juris hodie, ſi adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus ſuorum hæredum: ſed tamen quia Juſtinianus expreſsè iis ſervavit jus ſucceſſionis ab inteſtato, dicendum videtur, matri præferendos eſſe, *l.pen.§.1.C. de adopt.* Quid ſi quis deceſſerit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? Et quidem in adoptionem dati neque ſui hæredes ſunt patri naturali, neque ſuorum hæredum loco. Placuit tamen, ceſſare Senatuſconſultum, & ſimul admitti ad bonorum poſſeſſionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l.2.§.ſed ſi.9.hoc tit.* Suorum loco ſunt primum liberi emancipati, quos ſæpe diximus prætorem ſuorum numero habere, eoſque tamquam ſuos, vel cum ſuis hæredibus vel ſolos bonorum patris poſſeſſores facere. Deinde ſuorum quoque loco ſunt ex conſtitutionibus Principum, & præcipuè Juſtiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter ſuos & cum ſuis vocantur, *§ ult ſup. de hær. quæ ab inteſt.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in ſuis, aut qui ſuorum numero ſunt, gradus non quæratur, hoc eſt, nihil referat primi gradus ſint, an ulteriorum, ut ipſe Imp. hic docet.

Filiæ ſuæ mortuæ] Caſus, ubi de filiæ inteſtato mortuæ ſucceſſione quæritur. Ait *ſuæ*, id eſt, 2
quæ ſui juris ſuæque poteſtatis fuerit: quomodo M.Tullius *lib. 3. de repub. Eſt*, inquit, *genus injuſtæ ſervitutis, cùm ii ſunt alterius, qui ſui poſſunt eſſe.* Perſius *ſat. 5. v. 88. Vindicta poſtquam meus à prætore receſſi*, & alioqui nec huic Senatuſconſulto, nec ſucceſſioni ab inteſtato omnino locus eſſe poteſt, ut notatum *§ præc.* Utique illud palam eſt, liberos ſuos hæredes matri non eſſe. Apud Vveſembecium vox *ſuæ* deeſt.

Filius vel filia præponitur ex conſtitutionibus] *L.4.C. ad Senatuſconſ. Orfic. l. 11. C. de ſuis & legit. l.3.& pen.C.Theod.de legit.hær.* Ut autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas, conſtitutionibus opus fuiſſe, ideo Hotomannus & Bachovius ſcribunt, quia pari jure niti videantur, matri ſuffragio Senatuſconſulti Tertylliani, filius & filia Orficiani, & tamen in Orficiano excluduntur conſanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur, aut cum matre concurrunt; unde ſi inteſtatæ mulieri conſanguinei extant, & mater & filia, ad ſolam filiam ex Senatuſconſulto Orficiano hæreditatem pertinere reſcriptum eſt ab Alexandro *l. 1. C. ad Senatuſconſ Orfic.* Planè illud ex conſtitutionibus eſt, quod etiam nepotes neptesve ad-

Digitized by Google

mittantur, & matri defunctæ præponantur, *d. l. 11. C. de ſuis & legit. lib.*

3 *Pater verò utriuſque, non etiam avus & proavus*] Jam cum matre conferre incipit adſcendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem ſc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. §. objicitur. 15. l. 3. hoc tit.* Ait, *utriuſque*, id eſt, & filii & filiæ inteſtato mortuorum, de quibus diſtinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, ſive manumiſſor hæres pater exiſtat, ſive non manumiſſori bonorum poſſeſſio competat, *d. l. 2. §. objicitur. 15. l. 10. de ſuis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, *d. §. objicitur. 15.*

Cum inter eos ſolos] Scilicet, ajunt Hotoman. VVeſemb. Pac. inter patrem & matrem; qui manifeſtus error eſt: pater enim ſemper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino eſt ad proximè antecedens, nempe ſi mortuo jam ante patre defuncti, inter avum aut proavum & matrem ſolos de hæreditate agatur: hoc caſu ſignificat Imperator, matrem potiorem eſſe: aſt ubi ſimul pater ſupereſt, cui avus anteponatur, non item: verbi cauſa, nepos ab avo manumiſſus deceſſit patre & avo & matre ſuperſtitibus, hic avus manumiſſor, quia ſpeciali jure tamquam patronus patri, id eſt, filio ſuo in poteſtate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obſtat, propter patrem excludet, *l. 5. §. ult. hoc tit.* neque enim mater prodeſſe debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo, ſi avus ſolus extet cum matre, avus etiam manumiſſor matri poſtponetur, *d. l. 2. § objicitur. 15. eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii: regulam, *ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non ſunt pares termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, ſed propter tertium. Non abſimilis caſus eſt, qui proponitur ab Ulp. *d. l. 2. §. ſi ſit conſanguinea. 18. eod.*

4 *Frater conſanguineus excludebat matrem, ſoror autem pariter, &c.*] Hìc cum matre conferuntur fratres & ſorores, atque hæc tria docentur. 1. ſi fratres conſanguinei cum matre defuncti exiſtant, fratres eſſe potiores. 2. ſi ſorores conſanguineæ, ſiquidem ſolæ, cum his pariter matrem admitti. 3. ſi & ſorores ſint & fratres conſanguinei, non prodeſſe matri, quod tunc ſorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & ſorores à fratribus excludi. Porro cùm fratres dumtaxat & ſorores hoc loco matri objiciantur, exiſtimandum eſt, cæteris à latere venientibus ſive agnatis ſive cognatis matrem præferri. Sed & quia conſanguineorum tantùm mentio fit, credibile eſt, fratres & ſorores uterinos Senatuſconſulto fuiſſe excluſos: cæterum Juſtinianus hos etiam cum matre admiſit §. 5. *inf. eod. Novella* 118. totum hoc jus mutatum eſt, ut identidem monuimus.

Et mater liberis onerata] Probabilis eſt conjectura Cujacii in *not. ad* Ulp. *tit. ult.* pro *onerata* legendum exiſtimantis *honorata*. Ut enim verum ſit, liberos matri eſſe oneri, tamen reſpectu Senatuſconſulti Tertylliani, de quo hìc agitur, non oneri, ſed emolumento matri ſunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque juvabat, qui vertit ἔχουσα δίκαιον παίδων, & §. 5. eamdem appellat δικαίῳ παίδων κεκοσμημένην. Cicero 1. *Tuſc. c. 35. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

Jus novum de jure liberorum ſublato.

4. *Sed nos conſtitutione, quam in Codice, noſtro nomine decorato, poſuimus, matri ſubveniendum eſſe exiſtimavimus, reſpicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & ſæpe mortem ex hoc caſu matribus illatam. Ideoque impium eſſe credidimus, caſum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur ſucceſſione ſuorum liberorum. Quid enim peccavit, ſi non plures, ſed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus ſive ingenuis, ſive libertinis, etſi non ter enixæ fuerint vel quater, ſed eum tantùm vel eam, qui quæve morte intercepti ſunt, ut ſic vocentur in liberorum ſuorum legitimam ſucceſſionem.*

COMMENTARIUS.

Conſtitutione, quam in Codice] Ea eſt *l. 2. C. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ ſucceſſionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium eſſe credidimus] Non debebat diſputare adverſus Senatuſconſultum, quo jura matrum adaucta ſunt: nec impium, ſed plenum pietatis ampliſſimi Ordinis conſilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere deteſtabili infantium exponendorum audaciæ: forte & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant; cujus rei teſtis nobis ſit Juvenalis *ſatyr. 6. v. 593.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto.
Tantum artes hujus, tantum medicamina poſſunt,
Quæ ſteriles facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit] Cur non omiſſa omni diſputatione pro imperio ſuo ſtatuit, quod vult, & tribus verbis ſimpliciter matri jus legitimæ ſucceſſionis dat? Senatus non fortunam, ſed civitatis propagationem ſpectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verùm orbos etiam pœna affecit, quamvis nihil peccantes; cùm nemo divi-

divinare poſſit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujuſmodi ferenda ſunt, & cedeudum publicæ utilitati.

TEXTUS.

Quibus mater præponitur, & quibuſcum admittitur.

5. Sed cùm antea conſtitutiones jura legitimæ ſucceſſionis perſcrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam prægravabant, nec in ſolidum eam vocabant, ſed in quibuſdam caſibus tertiam ei partem abſtrahentes, certis legitimis dabant perſonis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis viſum eſt, recta & ſimplici via matrem omnibus perſonis legitimis anteponi, & ſine ulla deminutione filiorum ſuorum ſucceſſionem accipere; excepta fratris & ſororis perſona, (ſive conſanguinei ſint, ſive ſola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præpoſuimus, ita omnes fratres & ſorores (ſive legitimi ſint, ſive non) ad capiendas hæreditates ſimul vocemus: ita tamen ut, ſiquidem ſolæ ſorores adgnatæ, vel cognatæ, & mater defuncti, vel defunctæ ſuperſint, dimidiam quidem mater, alteram verò dimidiam partem omnes ſorores habeant. Si verò matre ſuperſtite, & fratre, vel fratribus ſolis, vel etiam cum ſororibus, ſive legitima, ſive ſola cognationis jura habentibus, inteſtatus quis vel inteſtata moriatur, in capita ejus diſtribuatur hæreditas.

NOTÆ.

5. Cum antea conſtitutiones] Vid. *l.1.l.2.& pen. C. Th. de legit. hær.* Cujac. *hic*.

Anteponi, & ſine ulla deminutione] Superiores conſtitutiones jus matris minuebant, admiſſis adgnatis in partem tertiam, quas conſtitutiones abrogat *l. ult. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

P*Artim adjuvabant, partim prægravabant*] Ejuſcemodi extat conſtitutio Conſtantini *l. 1. C. Theod. de legit. hær.* Adjuvabat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii inteſtati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Viciſſim prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra conſanguineos, patruo ſcilicet ejuſque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatuſconſulto totum ſola habitura fuiſſet. Eodem pertinet *l.2.d.tit.& C.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, ſi thorum priorem ſecundo mutaſſet amplexu, proprietate ipſi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l.pen.d.tit.C.Juſtin.*

In aliis contrarium faciebant] Hoc eſt, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adſpergebant agnatis; ita hìc contrarium faciebant, trientemque detrahebant agnatis, quem adſpergebant matri jure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & ſine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honeſtantur, *l. ult. C.de jur.lib.* Ex quo ſecundum ſententiam Senatuſconſulti Tertylliani mater, ſive ter peperiſſet, ſive non, agnatis omnibus ſecundo gradu remotioribus ſimpliciter præferenda fuerat, niſi obſtitiſſent conſtitutiones, quibus jus matris liberis honeſtatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admiſſis in partem tertiam: quas conſtitutiones Juſtinianus hìc abrogat, matrem omnibus agnatis ſine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & ſororis perſona, ſive conſanguinei, &c.] In Tertylliano fratres conſanguinei matrem excludebant, mater uterinos, ſoror conſanguinea cum matre pariter admittebatur. Juſtinianus etiam cum fratribus conſanguineis matrem admiſit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Juſtiniani aucta ſint, ut legitimis omnibus præter fratres in totum excluſis, etiamſi ter non pepererint, ſolæ ſuccedant; ut eum conſanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamſi non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, ſi uno in caſu viciſſim jus ipſarum minueret, & fratrum ſororumque hactenus augeret, ut cum ipſa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, ſiquidem ſolæ ſorores] Quæ ſequuntur pertinent ad modum ſuccedendi, ſive rationem diſtribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejuſque fratres & ſorores. Conſtituit autem, ut ſi cum matre concurrant ſorores ſolæ, ſive conſanguineæ ſive uterinæ, duo ſemiſſes fiant, quorum unum mater, alterum ſorores capiant: ſin fratres, ſive ſoli, ſive etiam cum ſororibus, in capita hæreditas dividatur, totque partes fiant, quot ſunt perſonæ ſuccedentium, *d.l.ult.C.hoc tit.* Hæc iterum mutata ſunt *Nov.* 118. qua fratres & ſorores omnes, ex uno tantùm latere defuncto conjuncti, tam à matre, quàm à fratribus utrinque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus ſuccedit.

TEXTUS.

De tutore liberis petendo.

6. Sed quemadmodum nos matribus proſpeximus, ita eas oportet ſuæ ſoboli conſulere: ſcitu is eis, quod ſi tutores liberis non

Digitized by Google

petierint, vel in locum remoti, vel excuſati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium ſucceſſione merito repellentur.

NOTÆ.

6. Impuberum morientium] Disertè *impuberum*, ut & in *dict. l.* 10. *C. de leg. hær.* nam ſi puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l.* 3. *C. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *dict. l.* 2. §. 29. *αὐτος γὸ ἑαυτῷ αἰτεῖ*. Modeſtin. *l.* 2. §. 5. *qui pet. tut. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

I*Ta eas oportet ſuæ ſoboli conſulere*] Matri onus tutelæ impoſitum non eſt: quia virile munus eſt, tutelam gerere; at petendi tutores negotium injunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quod ſi petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur, *l.* 2. §. 1. & 2. *qui pet. tut. l.* 2. §. *ſi mater.* 23. & *multis ſeq. hoc tit.* ubi hic locus fusè explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis ſuis, vel prioribus excuſatis rejectiſve non confeſtim aliorum nomina ediderit, jus non habet vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum, *d. l.* 2. § *ſi mater.* 23. *hoc tit.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, ſi mater nec tutorem petat, nec ipſa adminiſtrationem tutelæ ſuſcipiat: quod matri conceſſum, *Nov.* 118. *cap.* 5. Sed hæc motibus obliterata. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 63. *n.* 7.

Intra annum] Quid ergo, ſi intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excuſabitur à pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confeſtim, ubi primum potuit, id eſt, prætoris copiam habuit huic rei ſedentis, *d. l.* 2. §. *ſi mater.* 23. & §. *confeſtim.* 43. ubi Græci, *huic rei ſedentis*, τυγχάνει τῷ δικάζοντι τῶν ἀντιλαμβανομένων πραγμάτων. Quod verò hìc dicitur, & in *l.* 10. *C. de legit. hær.* ſi intra annum non petierit, ſic accipio, ut nullo modo poſt annale ſpatium excuſetur; nec ſi magnam cauſam non petendi habuerit, quæ uſque ad annum eam excuſaret, per *d. l.* 2. §. *confeſtim.* 43.

Impuberum morientium] Ex contrario ergo ſi puberes moriantur, quibus tutor petitus non eſt, mater ab eorum hæreditate non excludetur; quod & disertè reſcriptum eſt in *l.* 3. *C. hoc tit.* & ideo in *d. l.* 10. *C. de legit. hær.* expreſsè additur hæc reſtrictio, ſi impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui teſtamentum facere poterat, inteſtato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacitè velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *l.* 8. §. 1. *de jur. cod.*

TEXTUS.

De vulgo quæſitis.

7. Licet autem vulgo quæſitus ſit filius filiave, poteſt tamen ad bona ejus mater ex Tertylliano Senatuſconſulto admitti.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæſitorum bonorum poſſeſſionem, & viciſſim liberi etiam vulgo quæſiti ad bonorum poſſeſſionem matris ex capite unde proximi cognati, *l.* 2. *unde cognat.* ita & mater ex Senatuſconſulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiæve, tam eorum, qui vulgo quæſiti ſunt, quàm qui procreati ex juſtis nuptiis, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæſiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *l.* 1. §. 2. *eod.* §. *pen. tit. ſeq.* Nimirum mater ſemper certa eſt, & in his Senatuſconſultis matris & filiorum perſonæ naturaliter deſignantur, *l.* 7. *de cap. minut.* cùmque vulgo quæſiti patrem non habere intelligantur, à quo ſunt agnationis & familiæ jura, nemo eſt, quin matri jure conſanguinitatis aut agnationis hìc objici poſſit, *l.* 4. *unde cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur. Add. quæ ſub §. 3. *ſeq. tit.*

Digitized by Google

Titulus Quartus.

De Senatusconſulto Orficiano.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 17. *C. Lib.* 6. *tit.* 57.

Textus.

Origo & ſumma Senatuſconſulti.

Per contrarium autem liberi ad bona matrum inteſtatarum admittuntur ex Senatuſconſulto Orficiano, quod Orficio & Ruſo conſulibus effectum eſt, Divi Marci temporibus: & data eſt tam filio, quàm filiæ legitima hereditas, etiamſi alieno juri ſubjecti ſint, & præferuntur conſanguineis & adgnatis defunctæ matris.

Commentarius.

Lege duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab inteſtato ſuccedebant: nam duo dumtaxat genera lex agnoſcebat, ſuos hæredes,& agnatos, cujuſmodi nec mater liberis, nec illi matri ſunt, ut dictum ſupra eſt in *pr. præc. tit.* Cæterum cùm placitum eſſet, hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam ſucceſſionem filii & filiæ; æquum erat, ut retro tantumdem etiam concederetur liberis, ut ſcilicet & hi viciſſim jus legitimæ ſucceſſionis conſequerentur in bonis matris; cùm adeo liberorum conditio in cauſa ſucceſſionis etiam potior eſſe debeat, propter naturæ ſimul & parentum commune votum, *l.*7.§.1.*unde lib.* Id effectum eſt Senatuſconſulto Orficiano viginti ferme annis poſtea, quàm matri legitima hæreditas delata fuerat Senatuſconſulto Tertylliano, ut ex Faſtis colligitur. Cur matri tanto tempore ante conſultum fuerit, quàm liberis, cauſam ignorare me fateor. Vinn. Maximè tamen probabilis eſt ratio, quam reddit V. C. Ant. Schultingius *p* 669. quod mater, ſi vellet, pietatis officio per teſtamentum poſſet ſatisfacere, id quod per ætatem liberis ſæpe haud licuerit. Quum ergo ſæpius contingeret, ut liberorum hæreditate liberi, quam hi materna exciderent; nec mirum videbitur, prius proſpectum fuiſſe matri, quàm liberis. Hein.

Orficio & Ruſo Coſſ. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philoſophi & Commodi notantur hi Conſules, Vettius, ſeu, ut alii, Velius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigeſimus eſt à conſulatu Flavii Tertylli, à quo Senatuſconſultum Tertyllianum. Lamprid. *in Commod.* Onuphr. *in faſt.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epiſtolis in curia recitatis, quaſi in eorum ſententiam Senatuſconſulta fierent: unde ſæpe eamdem rem & Senatuſconſultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in propoſito Cajus *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione ſacratiſſimi Principis deſignat,) cautum ſcribit, ut matris inteſtatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamſi alieno juri ſubjecti] *d. l. pen.* uti ex contrario quoque mater; licet in poteſtate patris ſit, admittitur ad bona liberorum. Et ergo uti mater filiafam. ita & hi liberi juſſu patris adibunt, §.*poſtea.2.tit præc.* Matrem autem, de cujus ſucceſſione quæritur, ſui juris fuiſſe, cùm moreretur, oportet: alioqui ſi jus illorum temporum ſpectamus, hæredem ab inteſtato habere non potuit. Planè hodie poſt *Nov.* 118. etiam filii & filiæfam. inteſtati hæredes habent in adventitiis, quorum ipſis conceſſa proprietas.

Et præferuntur conſanguineis] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quàm ipſa ad illorum ex Tertyllianos illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo adgnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verùm etiam ante defunctæ matris fratres conſanguineos, cùm in Tertylliano conſanguinei defuncti præferantur matri; & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad conſanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, ſed accreſcit alteri filio, *l.*1.§.*ſed ſi nemo.* 9. *hoc tit.*

Textus.

De nepote & nepte.

I. *Sed cùm ex hoc Senatuſconſulto nepotes & neptes ad aviæ ſucceſſionem legitimo jure non vocarentur, poſtea hoc conſtitutionibus Principalibus emendatum eſt, ut ad ſimilitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.*

Commentarius.

Utrumque Senatuſconſultum & Tertyllianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis ſubſtitit, atque ut Tertyllianum ſoli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admiſit; ſic Orficianum ſimiliter filios dumtaxat & filias vocavit ad ſucceſſionem matris, non etiam nepotes & neptes ad ſucceſſionem aviæ. Nam quod Modeſtinus *l.* 8. *unde cogn.* reſpondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæſitos, ad aviæ bona ab inteſtato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo, deficientibus legitimis, ad bonorum poſſeſſionem vocantur proximi cognati.

Conſtitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodoſius,& Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam ſucceſſionem aviæ, *l. 4. C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quàm pater eorum vel mater habituri fuiſſent. De quo diximus ad §. *ult. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Noviſſimo jure in ſucceſſione ab inteſtato deſcendentes omnes æquale jus habent, nec ſexus, ſuitatis, aut agnationis ulla amplius prærogativa eſt. *Nov.* 118.

TEXTUS.

De capitis deminutione.

2. *Sciendum autem eſt, hujuſmodi ſucceſſiones, quæ ex Tertylliano & Orficiano Senatuſconſultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, qua novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: ſed illæ ſolæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.*

COMMENTARIUS.

Regula juris eſt, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l. 7. de cap. min. l. 11. de ſuis & legit. l. 1. §. capitis. 8. hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo jure poſt legem 12. tabb. deferuntur vel ex conſtitutionibus vel ex Senatuſconſultis, *dd. ll. & l. 3. in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifeſtum eſt, ſcilicet quæ contingit ſalva civitate: nam libertate aut civitate amiſſa, de ſucceſſione quæri non poteſt, *d. l. 1. §. capitis. 8.* Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert, *d. l. 7. de cap. min.* quod novis legibus & hiſce Senatuſconſultis hæreditates ſic deferantur, ut perſonæ naturaliter deſignentur, id eſt, nomine naturali, puta matris aut filii filiæve: quæ nomina, ut naturalia ſunt, ita poſt capitis deminutionem adhuc manent.

Illæ ſolæ, quæ ex lege duodecim tabb.] Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas ſic defertur, ut perſonæ deſignentur civiliter, id eſt, civili nomine, ſuorum ſcilicet hæredum & agnatorum: quæ nomina, cùm civilia ſint, minima quoque capitis deminutione pereunt, §. *ult. ſup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

De vulgo quæſitis.

3. *Noviſſimè ſciendum eſt, etiam illos liberos, qui vulgo quæſiti ſunt, ad matris hæreditatem ex Senatuſconſulto admitti.*

NOTÆ.

3. *Qui vulgo quæſiti*] Et hi matri quoque ſuccedunt ſimul cùm liberis legitimis, niſi mater ſit illuſtris,& legitimam ſobolem habeat: nati autem ex concubinatu, (ſc. licito, μὴ ἐξ ἀθεμιτογαμίας,) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illuſtris ſucceſſionem, *l. pen. C. hoc tit.* Nimirum mater ſemper certa eſt, & in his SCtis perſonæ naturaliter deſignantur.

COMMENTARIUS.

1 *Ex concubina natos meliore conditione eſſe, quàm vulgo quæſitos, & hos, quàm natos ex damnato coitu.*

2 *Quid moribus hìc receptum.*

Sicut mater ex Tertylliano ſuccedit liberis etiam vulgo quæſitis, ita viciſſim & vulgo quæſiti matri ſuccedunt ex Orficiano, *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & ſub §. *ult. præc. tit.* Succedunt autem matri non tantùm cùm ſoli ſunt, ſed ſimul etiam cum liberis ex juſto matrimonio procreatis, niſi mater illuſtris ſit, cui ſpurii non aliter ex conſtitutione Juſtiniani ſuccedunt, quàm ſi legitima ſoboles deficit, ne ſtirpis claritudo iſta labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioſo matris teſtamento dicere poſſunt, *l. ſi ſuſpecta. 29. §. 1. de inoff. teſt.* Inter 1
patrem verò & ſpurios jus idem mutuæ ſucceſſionis non eſt. Porro ſciendum eſt, liberos naturales, id eſt, natos ex concubina, paulo meliore conditione eſſe, quàm ſpurios ſeu vulgo quæſitos, ſive de ſucceſſione matris quæratur, ſive de ſucceſſione patris, & utroque meliores, quàm natos ex complexu damnato inceſtove. Naturales ſeu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illuſtris & per matrem adſcendentium ſucceſſionem, *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure noviſſimo in duas uncias una cum matre dividendas ſuccedunt, niſi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo caſu alimentis contentos eſſe oportet, *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet. C. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad ἀπροσφυεῖς. Ex inceſto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem ſucceſſione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent, *d. Nov. 89. c. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu. C. de inceſt. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *cap. cùm haberet. 5. in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sanè nec putarem jus civile refragari, quominus magiſtratus ex officio liberis hujuſmodi alias fame perituris alimenta jubeat ſubminiſtrari: nam & pater, licet inceſtuoſus & impius, alendus eſt, quia pater eſt, *Nov. 12. cap. 2.* vid. Palæot. *de noth. & ſpur. cap. 41. cum ſeqq.* Gail. 2. *obſ.* 115. Chriſtin. *vol. 1. deciſ.* 198. *& vol. 4. deciſ.* 64. Mores hac in parte nonnihil 2
à jure Romano diſceſſerunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviſſ. cap. 13. in fin.* ſcribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, ſeu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem aut parentum maternorum bona admitti, & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod poſterius etiam tradit Vvameſ. *cent. 1. conſ. 42.* & poſt eum D. Tulden. *comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales nec

non

non ex his deſcendentes, non tantùm matri reliquiſque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte ſuccedunt, ſed reliquis quoque per matrem conjunctis perſonis: quoniam reſpectu matris in cauſa ſucceſſionis illegitimi idem juris, quod legitimi habent, extra quam ſi nati ſint ex vetito aut nefario complexu, qui cum ſobole ſua ab omni ſucceſſione remoti. Et viciſſim materni naturalibus in partem dimidiam ſuccedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiſcus occupat tamquam vacantem. Quod ſi mater adhuc vivat: univerſa hæreditas ad fiſcum devolvitur, quemadmodum & univerſa devoluta fuiſſet ad paternos, ſi defunctus legitimè procreatus fuiſſet. Eorum, qui nati ſunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, (quos vocamus *over vroenen baſtarts*) hæreditatem fiſcus ſine diſtinctione totam ſibi vindicat; quaſi eorum, qui deſtituti ſint omni cognatione & tam materna, quàm paterna propter admiſſum à parentibus nefas, vid. Grot. *lib. 2. manuduct. cap.* 28. *in fin. & cap.* 31. ubi jura quædam ſingularia commemorat conceſſa quibuſdam civitatibus. Vinn. Aſt in Friſia, immo & in Germania tantum non ubique jus commune obtinet; ceu & res judicatæ recentiſſimæ confirmant. Hein.

Textus.

De jure accreſcendi inter legitimos hæredes.

4. *Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiſerint hereditatem, vel morte vel alia cauſa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accreſcit illorum portio: & licet ante deceſſerint, ad heredes tamen eorum pertinet.*

Commentarius.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis ſucceſſionibus communem; nempe ſi plures ſint ejuſdem ordinis & gradus, qui ſimul ad ſucceſſionem vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris; qui adierunt, accreſcere. Ex quo diſcimus, jus accreſcendi non modo locum habere inter hæredes teſtamentarios, verùm etiam inter legitimos, ſive ſui ſint, ſive alterius generis hæredes. Quod ſi nullus eorum, qui pari gradu & proximi ſunt, adierit, ſequentibus ejuſdem ordinis hæreditatem deferri docemur, §. *pen. ſup. de leg. agn. ſucc.*

Reliquis, qui adierint, accreſcit] *L.* 1. §. *ſi nemo.* 9. *hoc tit. l.* 9. *de ſuis & legit.* unde totus hic locus deſcriptus eſt. Ratio eſt, quia nemo hæredem pro parte habere poteſt, aut diverſi generis ſucceſſores, puta hæredem legitimum & fiſcum. Illa autem ratio, quod nemo pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt, adæquata non eſt, ſed particularis, ubi ex pluribus teſtamento inſtitutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat. Vinn. Ratio hujus juris propior dari poteſt, *quia omnis ſucceſſio*, ut ait Paull. *rec. Sent. lib.* 4. *tit.* 8. §. 23. *proximiori defertur*. Quemadmodum itaque ob hanc rationem repudiante propiore remotior non admittebatur: Paull. *ibid.* §. 7. *Inſt. de legit. agn. ſucceſſ.* ita deficiente uno cohærede, portio ejus alteri ejuſdem gradus merito accreſcebat, ne vocandus eſſet cum propiore remotior, id quod abſurdum omnino videri poſſet. Aliam rationem reddit Duaren. *de jure accreſcendi lib.* 1. *cap.* 1. & 14. quod qui in eodem gradu ſunt, conjuncti eſſe videantur. Sed conjunctionis materia ad teſtamentariam ſucceſſionem pertinet, ubi quæſtio eſt de præſumpta teſtatoris voluntate, non ad legitimam. Hein.

Licet ante deceſſerint] His verbis non hoc ſignificat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata ſit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iiſque portionem deficientium accreſcere: certum enim eſt, hæreditatem non aditam non tranſmitti, *l. unic.* §. 5. *C. de cad. toll.* portionem autem accreſcere portioni, *l. ſi Titio.* 33. *in fin. de uſufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adiit, accreſcere poſſit: ſed ſi deceſſerit, antequam ipſi accreſceret; quod diſertè expreſſit Marcian. *d. l.* 9. *de ſuis & leg.* hoc eſt, ſi deceſſerit poſtea quidem, quàm portionem ſibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquiſiviſſet, ſed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipſi deferretur & accreſceret. Planè ad ſuos hæredes, qui ipſo jure ſine aditione hæredes exiſtunt *l.* 14. *de ſuis, & legit.* & qui ex lege Theodoſii hæreditatem non aditam tranſmittunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

Titu-

Digitized by Google

TITULUS QUINTUS.

DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

TEXTUS.

Tertius ordo ſuccedentium ab inteſtato.

Poſt ſuos heredes, eoſque, quos inter ſuos heredes prætor & conſtitutiones vocant, & poſt legitimos, (quorum numero ſunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam ſupradicta Senatuſconſulta, quàm noſtra erexit conſtitutio,) proximos cognatos prætor vocat.

NOTÆ.

Prætor vocat] Ad bonorum ſcilicet poſſeſſionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. Vid. *inf. in comm.*

COMMENTARIUS.

Ex antiqua duodecim tabularum duos tantùm hæredum ab inteſtato ordines fecit, ſuorum & agnatorum. Novæ leges & Senatuſconſulta non addiderunt quidem ordinem novum, ſed perſonas quaſdam, quæ nec ſui hæredes, nec agnati revera ſunt, ſuorum hæredum & agnatorum numero eſſe voluerunt, atque in ordine ſuorum vel agnatorum una cum verè ſuis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem inteſtati admitti. Inter ſuos hæredes novæ leges numerant, ſuiſque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *ſup. de hær. ab int.* Inter eoſdem quoque, & ſimul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex ſexu fœmineo, §. *ult. d. tit.* 1. In agnatorum ordinem Senatuſconſulta tranſtulerunt matrem & liberos, Juſtinianus fratres & ſorores uterinos, eorumque & ſororum conſanguinearum filios & filias, §. 4. *ſup. de leg. agn. ſucceſſ. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær.* Anaſtaſius fratres & ſorores emancipatos, §. 1. *inf. hoc tit.* Prætor verò tres ſuccedentium ab inteſtato ordine fecit: primum *liberorum*: (non dixit *ſuorum*, quia ex liberis vocat etiam non ſuos,) alterum *legitimorum*, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex poſterioribus legibus, aut ex Senatuſconſultis, *l.* 2. §. *ult. & l. ſeq. unde legit.* tertium *cognatorum*, in quo admiſit omnes, quos ſola ſanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l.* 1. *in pr. l.* 2. *unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus excluſi eſſent, ex nullo alio capite venire poterant, *l.* 5. *d. tit.* §. 1. *infr. hoc tit.* Tamdem Juſtinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa, *Nov.* 118.

Proximos cognatos prætor vocat] In hoc ordine qui ad ſucceſſionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt; ſed jure prætorio bonorum poſſeſſores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poſſ. inf.* Poſſunt tamen etiam hoc loco conſiderari, quia prætor bonorum poſſeſſores pro hæredibus habet, & vi ipſa hæredes facit. Poſt *Nov.* 118. cognati jure civili ſuccedunt, ut non magis quàm agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

I. *Qua parte naturalis cognatio ſpectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti ſunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, ſed à pratore tertio ordine vocantur; exceptis ſolis tantummodo fratre & ſorore emancipatis, non etiam liberis eorum: quos lex Anaſtaſiana cum fratribus integri juris conſtitutis vocat quidem ad legitimam fratris hereditatem, ſive ſororis, non æquis tamen partibus, ſed cum aliqua deminutione, quàm facile eſt ex ipſius conſtitutionis verbis intelligere. Aliis verò adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem paſſi non ſunt; tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

COMMENTARIUS.

Porro jam declarare inſtituit Imperator, quinam illi ſint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum ſucceſſionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres claſſes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id eſt, minimam capitis deminutionem paſſos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente, jus omne ſucceſſionis tollitur, *l.* 1. *C. de hær. inſt.* Igitur, ut capite deminuti, hoc eſt, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur; ita nec prætor his dabat bonorum poſſeſſionem jure hæredum legitimorum, *l.* 5. *unde cogn. l.* 1. *unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & ſanguinis minima capitis deminutione non pereunt, ſed poſt eam ſalva adhuc & integra manent, §. *ult. ſup. de leg. agn. tut. l.* 8. *de reg. jur.* prætor, qui tertia edicti parte, qua ſcilicet proximos cognatos vocat, tantùm naturalem ſanguinis conjunctionem ſpectavit, eadem parte rectè etiam admiſit capite minutos, ſcili-

ſcilicet poſt ſuos & legitimos, *l.* 1. *unde legit.* *d. l.* 5. *unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris ſui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque ſolus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum poſſeſſionem ex edicto unde legitimi: ſed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & ſorore emancipatis, &c. quos lex Anaſtaſiana] Hæc lex Anaſtaſii deſideratur. Inſerta ſine dubio fuit priori Codici, quoniam hìc legenda nobis commendatur: ſed in Codice repetitæ prælectionis poſita non eſt, propter *l. ult. C. de leg. hær.* ut opinor, qua plenius fratribus & ſororibus emancipatis conſulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ ſucceſſionis datur. Anaſtaſius enim ſolos fratres & ſorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius conſequerentur, ſi fides Theophilo. Juſtinianus verò emancipatos cum reliquis fratribus ſuccedere voluit æquo jure & ſine ulla deminutione, *d. l. ult.* §. 1. & 3. Itaque hic etiam §. per *d. l. ult.* correctus eſt: quippe quam poſt Inſtitutiones jam compoſitas & editas promulgatam eſſe apparet ex eo, quod Imp. in ipſa lege mentionem inſtitutionum facit. Veſtigium legis Anaſtaſianæ extat in *l.* 4. *C. de tut.*

Aliis verò adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis] Hoc expeditius procedit poſt Nov. 118. Pertinent etiam ad hanc claſſem, qui in adoptionem dati ſunt à patre, aut qui cùm ſui juris eſſent, ſe adrogari ſiverunt: nam & iſti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant; ac propterea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l.* 1. §. 4. *unde cogn.*

Textus.

De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam, qui per fœminini ſexus perſonas ex tranſverſo cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad ſucceſſionem vocat.*

Commentarius.

Hæc ſecunda claſſis eſt eorum, qui à prætore vocantur gradu ſeu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem ſexum ex tranſverſa cognationis linea conjuncti ſunt, quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, unquam habuerunt *l.* 2. & *l.* 4. *unde cogn.* Ait autem diſertè *ex tranſverſo*: quia qui ſunt in linea recta, eos ſecundo capite prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatuſconſultis & conſtitutionibus, de quibus actum eſt ſuperius.

Proximitatis nomine] Id eſt, cognatos, *l.* 3. *d. l.* 4. *unde cogn. l.* 8. *de ſuis & leg.* §. *pen.* & *ult. inf. eod.* In cognatione enim ſola proximitas ſpectatur: agnati verò licet gradu remotiores, ordine tamen potiores ſunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non ſunt, ut ſæpe dictum eſt.

Textus.

De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia ſunt, ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

Commentarius.

Liberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l.* 1. §. 4. *unde cognati*. Pertinent autem hi ad primam claſſem, eorum ſcilicet, qui jus agnationis per capitis deminutionem amiſerunt, ut notavimus in fine §. 1. *hoc tit.* Quod ſi ab adoptivo patre emancipati fuerunt vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum; *l.* 4. *unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac ſi ab ipſo emancipati eſſent, nec unquam fuiſſent in familia adoptiva, ut ſcilicet jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, §. *at hi.* 10. junct. §. *admonendi.* 13. *ſup. de hær. quæ ab inteſt. def.*

Textus.

De vulgo quæſitis.

4. *Vulgo quæſitos nullos habere adgnatos manifeſtum eſt: quum adgnatio à patre ſit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelliguntur. Eadem ratione ne inter ſe quidem poſſunt videri conſanguinei eſſe: quia conſanguinitatis jus ſpecies eſt adgnationis. Tantum ergo cognati ſunt ſibi, ſicut & matri cognati ſunt. Itaque omnibus iſtis ex ea parte competit bonorum poſſeſſio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

Notæ.

4. *Nullos habere adgnatos*] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l.* 4. *unde cogn. l.* 23. *de ſtat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l.* 24. *d. tit.* Immo ne cognationis quidem in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato, extra caſum *auth. licet. C. de nat. lib.*

Sicut & matri cognati] Leg. ut Vet. Cod. *ex matre cognati*. Th. ἐκ μητρός.

Com-

COMMENTARIUS.

1 *Non magis natos ex concubina, quàm vulgo quæſitos, jus agnationis habere.*
2 *Naturales & ſpurios ex eadem matre editos, & inter ſe, & cum aliis per matrem conjunctis, jus cognatorum habere; ex patris tantùm latere junctos non item.*
3 *Natos ex damnato legibus coitu omnis ſucceſſionis eſſe expertes.*

IN tertia claſſe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, ſunt vulgo quæſiti: qui & ipſi inter ſe & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere: quoniam inter matrem ipſam & liberos, licet vulgo quæſiti ſint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus eſt ex Senatuſconſultis & conſtitutionibus. Poſt *Nov.* 118. idem jus ſucceſſionis inter ſe habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos] Ad ſpurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas ſpurii jure agnationis pertinere poteſt: quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti ſunt, *l.* 4.
1 *unde cogn.* junct. *l. cum legitimæ.* 19. *l. vulgo.* 23. *de ſtat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet: quia etſi patrem demonſtrare poſſunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis conſequitur, niſi qui ex legitimo matrimonio natus eſt: cæteri omnes matrem ſequuntur, *d. l.* 19. *l. lex.* 24. *de ſtat. hom.* Forſter. *tract. de hær. quæ ab int. circa fin. lib.* 1.

Ne inter ſe quidem poſſunt videri conſanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem ſpeciei. Si vulgo quæſiti non ſunt inter ſe agnati, nec erunt inter ſe conſanguinei: quoniam conſanguinitas eſt ſpecies agnationis. Etenim agnati omnes ſunt, qui per virilem ſexum conjunguntur: conſanguinei ſoli fratres & ſorores eodem patre nati. Quare ſi jure agnationis hæreditas ad vulgo quæſitos pertinere non poteſt, nec poterit jure conſanguinitatis, *l.* 4. *unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, conſanguinitatem non eſſe ordinem per ſe, ſed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde ſupra *de leg. agn. ſucc.*

Cognati ſunt ſibi, ſicut & matri] *L.* 4. *§.* 2. *de grad. & affin. l.* 2. *unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, ſive vulgo ſive ex concubina, matri tantùm & maternis cognati ſunt, & non etiam patri & paternis? Sunt ſanè: & naturalis hæc cognatio obſtat, quominus pater filiam, frater ſororem vulgo quæſitam uxores ducere poſſint, *l.* 14. *§.* 2. *l. &*
2 *nihil.* 54. *de rit. nupt.* Cæterum in cauſa ſucceſſionis ratione patris jus cognationis nec inter ſe, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati ſint ex concubina, quamquam hos Juſtinianus patri ſuccedere voluit in duas uncias, ſi nulli liberi legitimi nec uxor ſuperſit, *auth. licet. C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non obſervari: monuimus ſub §. *pen. ſuperioris tit.* Sic ergo habeto: Fratres naturales & ſpurii ex diverſis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec ſibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliiſve per patrem conjunctis ſuccedunt. Contra verò etiam fratres illegitimi, ſive ex concubina ſive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diverſis patribus, geniti, invicem ſibi jure cognationis ſuccedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi viciſſim illis, *d. l.* 2. *unde cognat. & hoc text.* dum tamen ex eo complexu orti non ſint, qui jure accuſari & puniri queat. Nam ex da- 3
mnato & ſecundum leges, ut loquuntur punibili coitu nati omnis ſucceſſionis, ſive paternæ ſive maternæ, tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, penitus ſunt incapaces, nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve, (quod eſt extra controverſiam,) nec inter ſe ipſi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujuſmodi ſobolem nec liberorum nomine cenſendum, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Juſtinianus conſtituit: proinde nec fraternitatis inter illos neceſſitudo eſſe videtur, quæ faciat ſucceſſionis locum. Per *c. ult. Nov.* 74. *& c. ult. Nov.* 89. Gloſſ. comm. approbata in *l. ult. C. de natural. lib.* Cagnol. *in l. pen. C. ad Senatuſconſ. Orfic.* Palæot. *de noth. & ſpur. cap.* 43. Forſter. *tit. de ſucceſſ. eor. qui ex damnat. coit. concluſ.* 5. Anton. Fab. *C. ſuo, lib.* 6. *tit.* 33. *deciſ.* 3. 7. & 8. Fachin. 6. *cont.* 10. Diff. Chriſtin. *vol.* 1. *deciſ.* 198. *& ibi citati.* De jure patrio dixi ſup. §. *pen. præc. tit.*

TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati ſuccedunt.

5. *Hoc loco & illud neceſſario admonendi ſumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etſi decimo gradu ſit, ſive de lege duodecim tabularum quæramus, ſive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum ſe bonorum poſſeſſionem pollicetur. Proximitatis verò nomine iis ſolis prætor promittit bonorum poſſeſſionem, qui uſque ad ſextum gradum cognationis ſunt, & ex ſeptimo à ſobrino ſobrinaque nato natave.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur latiùs agnatorum ſucceſſionem diffundi placuerit, quàm cognatorum?*
2 *In obſcuro eſſe, cur ſexto potius quàm quo alio gra-*

Digitized by Google

gradu ſucceſſio cognatorum determinata, exploſa ratione Mynſingeri & aliorum.
3 *Supradictum diſcrimen ſublatum eſſe Nov.* 118.
4 *Agnatorum ſucceſſio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum? Et quid hîc uſus ſervet?*

HOc §. determinatur ſucceſſio eorum, qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & ſimul inſinuatur differentia, quæ hac in parte ſit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etſi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ ſtudium fecit, ut ſucceſſio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quàm quæ naturali dumtaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit ſucceſſio jure civili incognita. Ait, *etſi decimo*. Hoc dicitur πρὸς διακοπὴν ſexti, quo terminatur ſucceſſio cognatorum: nam agnatorum ſucceſſionem verius eſt nullo fine terminatam fuiſſe, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iiſdem, etſi hæredes non extiterint, prætor, ut cuſtos & miniſter juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum poſſeſſionem; quamvis ſexto gradu ſint remotiores.

Uſque ad ſextum cognationis gradum] Incluſivè ut loquuntur *l.* 1. §. 3. *l. pen. unde cogn.*
2 Quod prætorem moverit, ut potius ſexto grado quàm quinto aut alio hanc ſucceſſionem determinaret, difficile eſt dicere. Paulus 4. *ſent.* 11. *in fin.* hanc rationem affert, quod in ſexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus perſonæ propriè denotentur. Mynſingerus, Hotomannus & Vveſembecius aliam afferunt, quia ſcilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra ſextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum ſit, perſpicuè inepta & falſa eſt, tractatur enim hîc non de ſucceſſione adſcendentium aut deſcendentium, ſed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra ſextum aut ſeptimum gradum qui reperiri poſſe negat, eum neceſſe eſt ſanæ mentis non eſſe. Et verò ſi natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longè remotiores ſint, & jus civile & prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eamdem iſtam rationem expreſſiſſe, & Modeſtinum quoque in *l.* 4. *in pr. de grad. & affin.* Verùm illi, ut credibile eſt, in hac αἰτιολογία reſpexerunt maximè ad ſucceſſionem ſuperiorum & inferiorum, id eſt, eorum, qui ſunt in linea recta & tranſverſa inæquali. Nam in tranſverſa æquali, puta ſi ex duobus fratribus continua ſerie ſobolem propagatam ponamus, vel viceſimo gradu inter ſe diſtantes reperias. De eo nemo dubitat, ſi Hotomannum exceperis,
3 quin hodie, ſublato per *Nov.* 118. agnationis & cognationis diſcrimine, intelligi debeat ſublatum quoque eſſe diſcrimen termini ſucceſſionis; quod pæne etiam expreſſum eſt in calce *cap.* 3. *d. Nov.* 118. *Gloſſ.* Joan. Fab. Ang. Vveſemb. *hîc.* Forſter. *dict. tract.* 3. *cap.* 9. Unum ſupereſt non ſatis expeditum, utrum quemad- 4
modum ſextus gradus terminus ſucceſſioni cognatorum hîc poſitus eſt, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat ſucceſſioni agnatorum, an verò hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet deciſio quæſtionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantùm ad decimum uſque gradum ſuccedant, an verò etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum ſucceſſioni agnatorum hîc conſtitutum, multa ſuadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, ſi etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cùm utrumque dicat, agnatos ſuccedere etiam qui in decimo gradu ſunt, & cognatos uſque ad ſextum, ratio pati non videtur ut dicamus, uno numero ſucceſſionem terminari, altero non item. Poſtremo niſi finis aliquis ſucceſſioni agnatorum ſtatuatur, vix unquam ordini tertio aut quarto, in quo ſunt vir & uxor, locus futurus eſt. Hoc igitur poſito, decimo gradu terminatam fuiſſe ſucceſſionem agnatorum, dicendum eſt, æquato cum agnatis jure cognatorum, *dict. Nov.* 118. utroſque jam ad decimum gradum admittendos eſſe, non ultra. Quod & vulgo receptum eſt, teſtibus Joan. Fab. Ang. Porc. Mynſ. Schneid. Vveſemb. & apud nos ſervari tradit Grot. *lib.* 2. *introduct. cap.* 30. Sed in contrarium movet, quod ſupra Juſtinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamſi longiſſimo gradu ſint, §. 3. *in pr. de leg. agn. ſucceſſ.* quod & mox ibidem repetit & iterum §. *ultim. infr. de ſerv. cogn.* Item quod Ulpian. *l.* 2. §. 1. *de ſuis & legit.* definit, agnatos eſſe cognatos virilis ſexus ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus ſuccedendi Juriſconſultum conſideraſſe perſpicuum eſt: ideo enim virilis ſexus tantùm meminit, ut ſignificet maſculos ſolos, non etiam fœminas agnatas, conſanguineis remotiores, jus legitimæ ſucceſſionis habere, §. 3. *ſup. de leg. agn. ſucc.* Et denique quod lex XII. tabularum ſimpliciter & ſine ulla determinatione gradus, ſi ſui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis reſponſio eſt ad ea, quæ pro communi ſententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantùm gratia hîc decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinativè: ſed ait, eos ſuccedere, etſi decimo gradu ſint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinativè: ait enim, eos ſuccedere uſque ad ſextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes,

vel

Digitized by Google

vel ut agnati in ſuo ordine non ſuccederent, puta ſi proximus defeciſſet, §. *placebat. 7. ſup. de leg. agn. ſucc.* His jam conſequens eſt, poſt *d. Nov.* 118. etiam cognatos ultra decimum gradum ſuccedere debere, ut etiam in *fin. c.* 3. *d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati ſimpliciter & ſine ulla determinatione vocantur. Quæ ſententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 15. *&* Valent. Forſtero *d. tract. lib.* 3. *c.* 10. *in fin.* ſed is in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat; contrarium enim teſtantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos conſtat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiſcum devolvi. Grot. 2. *manud.* 30.

Sobrino ſobrinaque nato natave] Bonorum poſſeſſio, ait Ulp. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum ſex gradus complectitur, & ex ſeptimo duas perſonas, ſobrino & ſobrina natum & natam, *l.* 1. §. 3. *unde cognat.* Propter has autem duas perſonas, quæ ex ſeptimo veniunt, Paulus videtur ſeptem gradus conſtituiſſe, *lib.* 4. *ſent.* 11. *in fin.*

Ratio ſuccedendi ab inteſtato ex jure noviſſimo.

Quemadmodum fundamentum ſucceſſionis antiquæ fuit conſervatio gentium; ita Juſtinianus naturæ ſequutus ſimplicitatem, eos ad ſucceſſionem vocavit *Nov.* 118. quos defunctus quàm maxime dilexiſſe cenſetur, id quod & aliis gentibus placuiſſe novimus. Grot. *de J. B. & P. lib.* 2. *cap.* 7. §. 3. Quum itaque jam pridem obſervaſſent philoſophi, *ὅτι μᾶλλον συνῳκείωται τὸ ἀφ᾽ οὗ τῷ γεννηθέντι, ἢ τὸ γενόμενον τῷ ποιήσαντι, τὸ γὰρ ἐξ αὐτοῦ οἰκεῖον τῷ ἀφ᾽ οὗ*, *magis adfici cauſſam gignentem erga genitum, quam genitum erga gignentem: idque quod ex aliquo ortum eſt, id ei quaſi proprium eſſe*: præter cauſſam autem gignentem & genitum magnum ineſſe momentum *ταὐτῷ αἵματι, καὶ ταὐτῇ ῥίζῃ*, *eidem ſanguini & eidem radici*: Ariſt. *Ethic. ad Nicom. lib.* 8. *cap.* 12. conſequi videbatur, ut ſucceſſio primum DESCENDERET; ſi, quo deſcenderet, non eſſet, ADSCENDERET, ſi nec adſcendere poſſet, ad LATUS divergeret. *Nov.* 118. *præf.* HEIN.

De ſucceſſione liberorum.

1 *Jure Novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ, ſexus, gradus, cæteris omnibus in ſucceſſione parentum præferri: & quæ inde conſectarsa.*

2 *Duæ cauſæ, in quibus alia perſona cum liberis admittitur.*

3 *Quis ſuccedendi in hoc ordine modus.*

4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remiſſivè.*

SUccedentium ab inteſtato tres ordines Juſtinianus noviſſimè fecit *Nov.* 118. Primus eſt deſcendentium ſive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, ſoloſque admitti ad hæreditatem parentum inteſtato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque ſexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa eſſet: ſed ſive maſculi ſint, ſive fœminæ, ſive ex maſculis, ſive ex fœminis deſcendant, & ſive ſuæ ſint poteſtatis, ſive ſub poteſtate; primi ſive inferiorum graduum, adſcendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov.* 118. *c.* 1. Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac ſucceſſione ſuis ſic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio prætoris. Etſi nihilominus ad acquirendam hæreditatem eamve ad quoſcumque hæredes tranſmittendam, neceſſaria iis ſit aditio, uti & iis, qui ex fœminis deſcendunt, ut bene doctiſſimus Vigl. in §. *ſed hæc.* 5. *ſup. de exhær. lib.* Deinde ſic admitti, ut etiam patri, in cujus poteſtate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex conſtitutionibus non acquiruntur; quod etiam expreſsè *d. c.* 1. cautum eſt. De pluribus autem gradibus liberorum ſic ſtatuit: vivos quidem liberos primi gradus obſtare nepotibus ex ſe natis in ſucceſſione avi; illis autem mortuis, nepotes in locum eorum ſuccedere, & admitti ad ſucceſſionem avi, ſive ſoli ſint, ſive cum filiis defuncti, iiſdemque thiis ſuis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus ſuis hæredibus, §. *cum filius.* 6. *ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Quid ſi filius emancipatus ſit, nepos in poteſtate retentus? Dicendum eſt, filium ſolum excluſo nepote admitti, ut nunc amplius locus non ſit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. c.* 1. quod & D. Gudelinus *lib.* 2. *de jur. nov. c.* 13. poſt D. Vveſemb. *in par.* ad iſtud edictum, rectè obſervavit: utut id negent Cujac. *ad hanc Nov. &* 2
Hotom. *ad calcem tit. de hær. quæ ab int.* Duo tantùm ſunt caſus, quibus parens ſuperſtes cum liberis ad certam partem jure ſingulari admittitur; pater in uſumfructum virilis partis bonorum, quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt *l.* 3. *C. de bon. matern.*) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili uſusfructus eorum, *Nov.* 53. *c. ult. Nov.* 117. *cap.* 5. *auth. præterea. unde vir & ux.* de quo pluſcula D. Tuld. *comm. de hær. quæ ab int. cap.* 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus ſuccedendi in hoc ordine talis eſt. Nepotes ſive ſoli ſint diver- 3
ſarum tamen ſtirpium, ſive cum thiis ſuis concurrant, ſuccedunt in ſtirpes: quoniam jure repræſentationis ſemper veniunt, ut ſcilicet in parentis demortui locum ſuccedant, non habita ratione, cujus ſexus parens fuerit, aut an liberos in poteſtate habuerit, nec ne, *dict. cap.* 1. quod repræſentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui ſunt gradu proximiores: per §. *ult. ſup. de hær. quæ ab int.* liberi

Digitized by Google

verò omnes, qui ejuſdem ſunt ſtirpis & gradus, in capita ſuccedunt, id eſt, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c. 1. ſacis §. 6. & d. §. ult. de hær. quæ ab int.* Sciendum autem eſt, Juſtinianum toto *d. cap. 1. Nov.* 118. loqui de ſolis liberis natis ex juſto matrimonio; quibus tamen etiam exæquati ſunt in hac cauſa liberi legitimati, §. 2. *ſup. d. tit.* ut diximus *Nov. 74. & 89.* De illegitimorum ſucceſſione alibi tractavimus, *§. pen. ſup. de Senatuſconſ. Orfic.* In ſucceſſione adoptivorum ſequendum, quod conſtitutum eſt *l. penult. C. de adopt.* de quo non uno loco diſſeruimus ſub *tit. de hær. quæ ab inteſt.* Sæpe etiam alibi monuimus apud nos adoptionem in uſu non eſſe, certè non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut ſub *rubr. de adopt.* & ſub *tit. de exhær. lib.*

De ſucceſſione parentum.

1 *In hoc ordine quis ſuccedendi modus: & an referat, unde bona obvenerint?*

2 *Qui pariter cum adſcendentibus admittantur, & in quam partem?*

Secundus ordo adſcendentium eſt, ſive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum ſuorum hæreditatem
1 vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit, ſuccedunt ſoli, & ſoli inter eos, qui ſunt gradu proximi, *d. Nov.* 118. *c.* 2. Et ſiquidem ex eadem ſunt linea, ſuccedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræſentatio, *d. c. 2. auth. defuncto. C. ad Sen. Tert.* ſin ex diverſa tamquam in ſtirpes, ut ſemiſſem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, conſequantur, *d. c.* 2. Nec attenditur, unde bona aut major bonorum pars defuncto obvenerit, à paterna linea, an è materna, *per d. c. 2. verſ. ſi autem.* Gudel. *lib. 1. de jur. noviſſ. c.* 14. Fab. *C. ſuo, lib. 6. tit.*
2 33. *defin* 2. Quod ſi cum adſcendentibus inveniantur ſimul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non ſoli parentes ad hæreditatem admittuntur, ſed una cum horum proximis fratres & ſorores ſuperſtites: quæ ſucceſſio in capita eſt, & hoc ſingulare habet, quod nec uſusfructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in poteſtate ſunt, acquiratur, *d. c. 2. verſ. ſi verò.* Poſtea cum parentibus & fratribus germanis admiſſi etiam eorum fratrum demortuorum filii in ſtirpes, data his portione, quam pater eorum ſuperſtes accepturus fuiſſet, *Nov. 127. c. 1. auth. ceſſante. C. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent neque fratres conſanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. c. 2. auth. defunct. C. ad Sen. ſuſc. Tert.* ubi DD. Sed nec fratrum germanorum filii ſoli cum parentibus ex *d. Nov.* 127. ſuccedunt; verùm ita demum, ſi fratres concurrant. De parentibus illegitimis ſtatuendum ex ſucceſſione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *l. pen. C. de adopt.*

De ſucceſſione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur?*

2 *Utrum fratrum filii, quando ſoli ſunt, in capita, an in ſtirpes ſuccedant?*

3 *Qui ſecundo loco veniant: & utrum fratres conſanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna ſuccedant?*

4 *Qui, qua ratione poſtremo loco vocentur.*

Tertius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov.* 118. *cap.* 3. veniunt remoto diſcrimine ſexus, agnationis, cognationiſve. Hos inter primum locum obtinent fratres ſororeſ- 1
que germani ſeu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræſentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuiſſet: & quamvis ſoli ſint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantùm latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, ſi vixiſſet, iiſdem defuncti fratribus, & tam conſanguineis, quàm uterinis præferendus fuiſſet, *d. c. 3. auth. itaque. C. comm. de ſucceſſ.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantùm conſanguinei ſunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruos æquè ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æquè, atque ad filios ſororum honoraria, *l. 1. §. pen. unde cogn.* vid. *ſup. de legit. agn. ſucc. & de ſucceſſ. cogn.* Illud non ſatis ex- 2
peditum eſt, num fratrum filii, quando ſoli exiſtunt, in ſtirpes, an verò in capita ex jure noviſſimo ſuccedere debeant. Accurſius cenſuit, etiam tunc in ſtirpes ſuccedere, Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud Forſter 8. *de ſucceſſ. ab inteſt. cap.* 3. Fachin. 6. *contr.* 3. Mihi ſemper probabilior viſa eſt Azonis ſententia: propterea quod juri veteri & conſtitutionibus quoque poſterioribus conſentanea eſt, *§. hoc etiam. 4. ſup. de leg. agn. ſucceſſ. l. 2. §. 2. de ſuis & legit. l. pen. fin. & ultim. § 3. C. de legit. hær.* nec oſtendi poteſt, Juſtinianum quicquam, quod quidem ad hanc cauſam attinet, innovaſſe. Nam quod Accurſius eumque ſecuti ajunt, conſtitutione Juſtiniani filios fratrum jure repræſentationis vocari, atque ex eo ſic argumentantur. Qui jure repræſentationis ſuccedunt, illi non aliter ſuccedere poſſunt quàm in ſtirpes, cùm non amplius poſſint accipere, quàm is, cujus locum repræſentant, accepturus fuiſſet, *§ cum filius. 6. ſup. de hær. quæ ab int.* At filii fratrum ſuccedunt jure repræſentationis, *d. c. 3. Nov.* 118 Ergo. Ad hoc reſpondeo, talem eſſe iſtius argumentationis aſſumptionem, ſi in ſenſu diviſo, de quo quæritur, acci-

Digitized by Google

accipiantur, hoc eſt, quando fratrem filii ſoli ſuccedunt. Nam Juſtinianus in *d. c. 3.* eo tantùm caſu jus repræſentationis filiis frarrum concedit, quando concurrunt cum parruis aut avunculis ſuis: quippe cum hoc caſu ex ſua perſona ſuccedere non poſſint; quoniam uno gradu remotiores ſunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræſentationis introducendum fuit, ut in patris locum ſuccederent, atque ex perſona ejus vocarentur: quod neceſſarium non eſt, cùm ſoli reperiuntur: & propria ex perſona ſuccedere poſſunt. Non obſtat exemplum neporum, quos conſtat in ſtirpes ſemper ſuccedere, ſive ſuccedant cum patruis, ſive ſoli, quaſi poſt conſtitutionem Juſtiniani eadem planè eſſet ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum ſuorum locum in ſuccedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ ſpecies certo jure diſtinctæ ſunt. In linea recta deſcendentium numquam proximitas ſpectatur, *d. §. cum filius. 6. & §. ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & ſola, *ſup. de leg. agn. ſucc. in pr. & in pr. de ſucc. cogn. l. 3. C. de legit. hær.* unde unum tantùm caſum, eum quem diximus, excepir Juſtinianus. Atqui ajunt, fratres filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu eſt, *d. c. 3.* hoc verò certum eſſe argumentum, eos non jure proximitatis, ſed repræſentationis, ſuccedere. Reſpondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu eſt proximior; nec tamen inde ſequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc caſu ſuccedere jure repræſentationis; non magis quàm ſi dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem éxcludunt, qui eodem gradu ſunt, ergo ſuccedunt jure repræſentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto dumtaxat, qui tamen eodem gradu eſt, non tamen jure repræſentationis. Quo igitur? Non alio, quàm proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri poſſe, ut aliqui pari gradu conſtituti jure proximitatis ſoli ſuccedant, excluſis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore ſunt, ſi illorum jus ſir porius, ut ex conſtitutione Juſtiniani eſt jus filiorum frarrum, tamquam deſcendentium, quàm patruorum aut avunculorum, qui inſtar ſunt adſcendentium: & jus plenorum ſive germanorum fratrum, & horum item filiorum propter duplex ſanguinis vinculum, quàm conſanguineorum tanrùm aut uterinorum, *Nov. 84. c. 1. §. 1.* Nec dicat quis, hoc jure poſito magnam liberis fratrum inferri injuriam ſi forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti caſus par in utramque parrem ratio eſt, neuter lædi videtur, *l. ſi pater. 12. C. de inoff. teſt:* Azonis ſententia conſtitutione Caroli V. in comitiis Spirenſibus confirmata eſt anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis. Papon. *lib. 21. tit. 1. arreſt. 11.* & 12. Maynard. *lib. 6. decis. 92. n. 3.* Coſtal. *in l. 1. §. ult. C. ſi pars hær. pet.* & pleriſque aliis ſupremæ juriſdictionis Curiis Theſaur. *dec. 162.* Ant. Fab. *C. ſuo, tit. de legit. hær. defin. 1.* Chriſtin. *vol. 1. dec. 194.* Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum poſtea dum ſingula *d. c. 3. Nov. 118.* enuclearius examino, vereri cæpi, ne non ſatis ex menre & ſententia Juſtiniani. Sanè verbis *d c. 3.* Azonis opinio minus convenire mihi viſa, niſi cum Fachin. *d. loc.* eam ſic limitemus, ut eo dumtaxat caſu procedat, quo fratrum filii ex propria perſona veniunt: non aurem quando vocantur ad excluſionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipſos excluderent: de quo nos opulentius *lib. 2. ſelect. quæſt. c. 30.* Poſt 3
fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur frarres conſanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in ſtirpes, *d. Nov. 118. c. 3. auth. poſt fratres. C. de leg. hær.* Atque hos ex æquo ſuccedere in omnia fratris defuncti bona, ſive ea paterna ſint, ſive materna, ſive quæſira aliunde, magna cauſa eſt cur exiſtimem: licet DD. comm. contra ſentiant, & conſanguineis paterna, uterinis materna aſſignent, aliunde quæſita demum æqualiter cenſeanr diſtribuenda: uti & Forſter. *l. 8. c. 8.* Gomez. *ad l. Tauri. 8. num. 8.* Gudelin. *lib. 2. de jur. nov. c. 15.* Nam primum bona cujuſque undecumque profecta unum & ſimplex patrimonium ejus conſtituunt, atque ex vera ratione juris ſucceſſio fit in bona univerſa, æqualique jure ſuccedentes æqualiter defunctum repræſentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentem liberis ſuis, remota quæſtione unde bona obvenerint, ſuccedére. Forſter. *lib. 7. cap. 4. num. 6. & ſeqq.* Fachin. *6. cont. 4.* Covar. *epit. de ſucc. ab inteſt. num. 3.* Deinde Juſtinianus primo utrinque conjunctos ſimplicirer præfert conjunctis ex uno latere, ac mox poſt illos etiam hos indiſtinctè vocat. Quod ſi cauſa & origo bonorum ſpectaretur, vide quæ huic rei ſint conſequentia. Unum eſt, ut conſanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iiſdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur & multo magis cum eadem diſtinctione bonorum conſanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari poteſt aur debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio; aut efficere, ut is ob eam cauſam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, ſi unde bona obvenerinr, non jus ſuccedentium conſideremus: quemadmodum in feudis conſtat conſanguineos à germanis non excludi. Alvarot. *in tit. de ſucceſſ. frat. §. in his verò. lib. 2. Feud. tit. 11.* Curt. *tract. de feud. part. 3. n. 56.* Denique ſi defunctus nulla bona materna habeat, ſed paterna dumraxar, uterinum hac ratione frater conſanguineus in totum ſubmovebit. Quæ quidem

omnia

Digitized by Google

omnia & cum verbis & cum mente Juſtiniani in *d. c.* 3. *Nov.* 118. pugnare videntur, conſanguineos & uterinos ſimpliciter & pari jure ad ſucceſſionem inteſtati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. 2. de emancipatis.* 13. §. 2. *C. de legit. hær. & Nov.* 84. *cap.* 1. §. 2. Sed veriſſimum eſt, minimèque obſcurum, quod etiam D. Gothofr. *ad d. l.* 13. notat, textus iſtos per hanc Novellam noſtram abrogatos eſſe: quippe in quibus pater fratribus omnibus poſtponitur: nec tamen alio caſu, quàm cum pater adhuc vivit, & uſumfructum conſequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta ſunt, conſanguineis præferuntur. Poſtremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quàm ex utroque cognatione juncti. Quo autem quiſque proximior eſt, ita alterum excludit. Si plures ſint ejuſdem gradus, in capita familiam dividunt, *d. Nov.* 84. *c.* 3. *in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda ſunt. Unum eſt, quod qualitas duplicis conjunctionis ſive plenioris ſanguinis non conſideratur ultra fratres eorumque filios; alterum, quod jus repræſentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De ſucceſſione lateralium illegitimorum plene diximus ſub §. *pen. de ſucc. cogn.* De lateralibus adoptivis ad §. 2. *de legit. agn. ſucc.*

Forma ſuccedendi ab inteſtato apud Hollandos & Vveſtfriſios.

1 *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æſdomico circa ſucceſſionem ab inteſtato uſi.*

2 *Succeſſio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur?*

3 *Juris Æſdomici ratio, & qualis ex eo jure ſucceſſio?*

4 *Jus uniforme introductum conſtitutione polit. an. 1580. ſed ab eo receſſum an. 1599. ut jam iterum duplex apud nos ſit ſuccedendi ratio.*

5 *Communia utriuſque juris in ſucceſſione deſcendentium & adſcendentium.*

6 *Uno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mortuo, quid juris apud meridionales, ubi viget conſtitutio politica?*

7 *Quæ circa ſucceſſionem collateralium juxta d. conſtitutionem in univerſum tenenda?*

8 *Notatur inſignis differentia inter jus Rom. & hoc noſtrum, circa jus repræſentationis in linea tranſverſa.*

9 *Quid ſi nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent? & quid ſi aliquid d. conſtitutione omiſſum, ex quo jure de eo ſtatuendum?*

10 *Forma ſuccedendi apud Septentrionales & Vveſtfriſios ex placito de ſucceſſ. ab inteſt. edito anno 1599. ſi defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantùm parentum ſuperſtitem habeat.*

11 *Deciſio controverſiæ cujuſdam ortæ ex verbis finalibus art. 3. d. plac.*

12 *Quomodo ſucceſſio collateralium juxta d. placit. procedat?*

13 *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem ſinguli vocentur?*

14 *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri?*

15 *Quomodo diviſio fiat, ſi cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant?*

16 *Diſcrimen bonorum in nulla harum ſucceſſionum attendi.*

17 *Quod d. placito definitum non eſt, ad cujus juris normam id exigendum?*

18 *Quando & quibus in bonis prædictæ conſtitutiones non obtinent?*

IN his regionibus duplex ratio ſuccedendi ab 1
inteſtato, eaque toto inter ſe cœlo diſtans, uſurpata quondam fuit, una ex jure Zelandico, quod noſtri *Scabinicum* appellant, altera ex veteri jure Friſiorum, quod *Æſdomicum* ſive *Aſingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ ſcilicet Rheno & Moſa fluminibus concluditur, cujuſque caput eſt Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yſſalam ad Aquilonem poſitis uſitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemarlandia, Vveſtfriſia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum ſita ſit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenſes & Roterodamenſes, quamvis ad plagam Yſſalæ ſeptemtrionalem poſiti, Scabinico jure uſi
ſunt. Juris Scabinici ſeu ſucceſſionis Zelandicæ 2
hoc fundamentum fuit, *'t Boedt moet gaen van daer 't gekomen is:* hoc eſt, bona eo redire debent, unde profecta ſunt: quod tamen ſic acceptum, ut liberi ſemper in locum parentum veniant una manu, ut ſcilicet non plus omnes accipiant ſimul, quàm parens eorum habiturus fuiſſet. Hoc principio poſito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit; ſed potius ſpectandum, unde bona ad defunctum per ſucceſſionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc eſt, quod ſi liberi non extarent, prima in ſucceſſione cauſa utriuſque ſimul parentis erat, nimirum quia bona defuncti ab iis profecta cenſebantur, non quod primo eſſent gradu. Indidem eſt, quod altero parente mortuo, nec ſuperſtes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, ſed cognati parentis præmortui, etiamſi remotioris eſſent gradus. Hinc item eſt, quod utroque parente mortuo fratres germani in concurſu cum conſanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici diviſione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici ſchema nobis exhibet conſtitutio politica edita an. 1580. excepto quod infinitam collateralium repræſentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque
avunculorum filios reſtringit. Jus Æſdomicum 3

Vinnius in Inſtitut.

Digitized by Google

contrario fundamento nititur, hoc nimirum, *'s Maeſte bloeds, beurd het goeds*; id eſt, proximus ſanguine, proximus ſucceſſione: ita tamen ut hoc jure nihilominus deſcendentium cauſa potior eſſet, quàm adſcendentium, atque adſcendentium, quàm lateralium. Cùm ergo in unoquoque ordine ſolam hìc proximitatem & gradum ſpectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræſentationi locus eſſet, ſed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, conſanguinitatis, aut uterinitatis haberetur ratio: ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & ſororum filiis in capita ſuccederent, denique collaterales omnes, uti quiſque gradu eſſet proximus. Plura qui hìc noſſe deſiderat, adeat D. Neoſtad. *de pact. antenupt. obſ.* 2. D. Grot. *lib.* 2. *manuduct. ad Iuriſpr. Batav. cap.* 28. Joh. Arn. Covin. *in erot. ſubj. tit. lib.* 3. *inſt.*

4 Ex duobus his tam diſſimilibus ac difformibus ſuccedendi modis tamdem jus ſimplex atque uniforme conflatum eſt, quod ſine diſtinctione in locis omnibus hujus Provinciæ ſervaretur. Id effectum AA. Ordinum conſtitutione politica anno 1580. Cæterum cùm ea conſtitutio propemodum in omnibus partibus ſequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æſdomico aſſueti erant, exceptis paucis mediis Rhenum inter & Yſſalam, adduci ſe non paterentur, ut à jure majorum, præſertim quatenus parentibus favebat, tam longè, quantum d. conſtitutio, recederent, conceſſum poſtea eſt his quærentibus jus ſpeciale, ex Æſdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. conſtitutione ſive placito de ſucceſſione ab inteſtato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus petentibus hoc jus indultum eſt. Ex quo tempore iterum diverſo jure in cauſa ſucceſſionis ab inteſtato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noordhollandia & Vveſtfriſia, illic eo, quod in commune ſancitum eſt anno 1580. hìc illo temperato, quod ſpecialiter conſtitutum anno 1599. præterquam in pagis quibuſdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc conſtitutio excipit.

5 Utroque jure in ſucceſſione ab inteſtato prima cauſa eſt liberorum, in qua ſucceſſione gradus non quæritur, ſed cum liberis primi gradus ſuccedunt & liberi gradus ſecundi aut inferiorum jure repræſentationis ſeu in ſtirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum laturus fuiſſet, *art.* 20. *conſt. polit. art.* 1. *placit. de ſucceſſ. ab int.* in quo nihil diſſonum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra cauſam ſimplicis donationis, veluti ad ſubſidium matrimonii, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus conſortibus in diviſione hæreditatis conferre debent, *art.* 29. *d. conſt. polit. l. pen. §.*1. *C. de collat.* Igitur quod deſcendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Vveſtfriſiam utimur, ſcripto Romanorum per omiſſa conſentaneo. Illud quoque in commune ſtatutum & receptum eſt, ut deficientibus liberis defuncti, ſi uterque parens primi gradus, ſive pater & mater adhuc vivant, hi ſoli ad univerſam liberorum ſuorum ſucceſſionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos ſimul admittit Juſtinianus, *art.*21. *d. conſtit. & art.*2. *d. placit.* Altero verò parente mortuo, jus variat. In omni autem ſucceſſione ſi forte brevitatis cauſa maſculorum tantùm mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Sca- 6
binico ſeu Zelandico utebantur, recepta eſt in omnibus partibus dicta conſtitutio politica anni 1580. qua conſtitutione, quantum attinet caſum propoſitum, cautum eſt, ut altero è parentibus defuncti, de cujus ſucceſſione agitur, mortuo, parens ſuperſtes à ſucceſſione excluderetur, neu quis alius deſcendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum ſuorum ſucceſſionem venire poſſit, *art.*22. *&* 26. *d. conſt. polit.* Uti ſi in cognatione paterna vel materna aut utraque reperientur avus & avia ambo adhuc ſuperſtites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art.* 25. *dict. conſtit.*

De ſucceſſione collateralium juxta *d. conſt. polit.* hæc ante omnia & in univerſum tenenda ſunt. Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mor- 7
tuo, ſicut parens ſuperſtes aliique per hunc parentem adſcendentes, à ſucceſſione removentur, ita nec ullos laterales per eumdem parentem ſuperſtitem defuncto conjunctos ad ſucceſſionem ejus vel in totum vel ex parte venire poſſe. Secundo mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec conſiderari, utrum à parte patris, an à parte matris major pars bonorum obvenerit. Tertio uno dumtaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos ſolos pervenire, qui ei, de cujus ſucceſſione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti ſunt. Quarto hinc eſſe, quod mortuo patre & matre fratres & ſorores conſanguinei cæterique collaterales ex uno tantùm late e defuncto conjuncti admittantur ſolùm dimidiata ſeu ſemiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo ſemiſſem totorum bonorum ſibi vindicent: deinde alter ſemis inter eoſdem & ex uno latere conjunctos dividatur: qui iiſdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, ſi defuncto conjuncti ſint per parentem demortuum. Hæc ita comprehenſa ſunt declaratione ſuper ordinat. de ſucceſſ. edita anno 1594. Poſtremo & illud ſciendum, quamquam hoc nunc per

totam

Digitized by Google

totam Hollandiam obſervatur, jus repræſentationis (quod eſt vetus jus Scabinicum) porrigi tantùm in linea tranſverſali ad fratrum & ſororum nepotes, & patruorum atque avunculo-
8 rum filios incluſivè. Ubi notanda inſignis inter jus Romanum & hoc noſtrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali ſoli jus repræſentationis habent fratrum filii, noſtro etiam fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filii: fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cùm ſoli ſunt, non in capita, ſed in ſtirpes jure repræſentationis ſuccedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æſdomicum ſervari, quo jure qui gradu proximior eſt, ulteriorem excludit, pareſque gradu in capita ſuccedunt, *art. 28. d. conſt. polit.* Quod autem apud Roterodamenſes duobus gradibus ulterius, quàm dictum eſt, jus repræſentationis extenditur, ex ſpeciali conceſſione eſt. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & ſororibus, & jure repræſentationis filiis eorum ac nepotibus defertur hæreditas: ut tamen in familia erciſcunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, ſervetur illud diſcrimen, cujus modo mentio facta, *art. 22. & ſeqq. d. conſtit. pol.* Si
9 nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent, tum hæreditas, uti dictum eſt, in duas partes ſecatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27 d. conſtit.* Quod ſi contingat, adhuc avum & aviam ſimul, ſive paternos, ſive maternos, in vivis eſſe, hi ſoli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, ſuccedunt patrui & avunculi, & jure repræſentationis ſive in ſtirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æſdomicum ſervari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu ſint, tamen in ſucceſſione præferantur avo, aviæ, & qui ſupra hos ſunt adſcendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in ſtirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum eſt. Si quid inciderit, quod non ſatis expreſsè per *d. conſt. pol.* deciſum videri poſſit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. conſtitutio abrogat *art. 19.* ſed ſecundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc uſurpatum fuit, ſtatuendum erit.

10 Apud Hollandos autem ſeptentrionales & Vreſtfriſios, qui ante ſimplici jure Æſdomico utebantur, hæc porro forma ſuccedendi ex placito de ſucceſſ. ab inteſt. anni 1597. ſervatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus ſucceſſione quæritur, & qui nec liberos reliquit, parens ſuperſtes una cum fratribus defuncti & fratrum filiis ac nepotibus per repræſentationem ad inteſtati ſucceſſionem admittuntur, *art. 3. d. plac. de ſucceſſ. ab inteſt.* Cùmque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *d. Nov. 118. c. 2.* hic parens ſuperſtes in ſemiſſem hæreditatis venit, alter ſemis inter cæteros dividitur. Cæterum hìc etiam cum parente ſuperſtite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes: cùm jure Romanorum ſoli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes; ut ſupra demonſtratum. Quod ſi defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad ſolum parentem ſuperſtitem tota ſucceſſio pertinet, etiamſi prædictorum fratrum liberi ſuperſint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem ſuperſtitem dumtaxat. Quod deficien- 11
tibus fratribus germanis nihilominus cum parente ſuperſtite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art. 3. placit. de ſucc. ab int.* parum convenire videtur: ſed tamen lite ſuper ea re exorta inter patrem ſuperſtitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis ſecundum fratrem pronunciavit: & appellatione quoque deinde interpoſita, ſententia Curiæ à ſupremo Senatu approbata eſt. D. Coren. *obſ. rer. à ſup. Sen. jud. 29.* Cæteri adſcendentes demum poſt fratres eorumque filios & nepotes, uti quiſque proximior eſt, vocantur, idque in capita, *art. 7. d. plac. de ſucc. ab inteſt.* Enim verò ſi defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepoteſve reliquerit, quàm ex uno tantùm latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adſcendentes ſuperſtites habeat, hoc caſu placet, prædictos fratres eorumque filios & nepotes jure repræſentationis ſuccedere in unum ſemiſſem tantùm: alter ſemis proximo memoratorum adſcendentium attribuitur, ſi plures ſint ejuſdem gradus, viritim diſtribuendus, *art. 6. d. placit.*

Collateralium autem ſucceſſio ſic ſecundum 12
d. plac. procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hìc etiam cum altero parente ſuperſtite ſuccedunt eo, quo ſupra diximus, modo) ad univerſa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræſentationis, *art. 4. d. conſtit. de ſucceſſ. ab inteſt.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concurſu cum conſanguineis & uterinis, gemina diviſione, hinc conſanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus partem auferunt, *d. art. 4.* Quod ſi vel conſanguinei tantùm, vel tantùm uterini, eorumve filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo ſemiſſes fiunt, quorum alter inter fratres vel conſanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes dividitur; alterum ſoli ſibi habent germani eorumque liberi, quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. ar. 4.*

Digitized by Google

Si fratres germani eorumque liberi primi &
ſecundi gradus deficiunt; extent autem fratres
conſanguinei & ſimul uterini, aut item utrin-
que horum filii aut nepotes; hoc caſu bona in
duas æquales partes dividuntur; quarum una
diſtribuitur conſanguineis, & filiis eorum ac
nepotibus in ſtirpes; altera uterinis eorumque
item filiis ac nepotibus ſimili modo in ſtirpes.
Quod ſi fratres, fratrum filii, aut filiorum filii,
qui ſuperſunt, omnes ex uno dumtaxat latere
defuncto conjuncti ſint, tum hi fratres, ſive
conſanguinei ſive uterini, eorumque filii & ne-
potes, per repræſentationem in univerſa defun-
cti bona ſuccedunt: niſi forte avus aviave, aut
ſupra hos alii adſcendentes (defuncto per al-
terum latus juncti) ſuperſint: quo caſu pla-
cet, memoratos fratres, ſive conſanguineos ſive
uterinos, eorumque filios & nepotes, jure re-
præſentationis admitti in ſemiſſem hæreditatis
dumtaxat: in alterum ſemiſſem prædictos avum
& aviam aliosve adſcendentes pro virilibus por-
13 tionibus venire, *art. 6. d. placit.* Poſt fratres
omnes eorumque filios ac nepotes ad univer-
ſam ſucceſſionem defuncti vocantur avus, avia,
& cæteri adſcendentes jure proximitatis atque
in capita: quod etiam locum habet, etſi ab
una parte avus & avia, ab altera alter tantum
ſuperſit: atque ita porro in remotioribus ad-
ſcendentibus pari gradu defuncto conjunctis,
d. placit. art. 7.

Adſcendentibus quoque cunctis deficientibus,
tum proximi deſcendentes ex fratrum liberis
ſecundi gradus, pronepotes fratrum ſcilicet &
deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore ſunt,
ad omnia bona defuncti veniunt, excluſis cun-
ctis cæteris collateralibus. Succedunt autem
non in ſtirpes, ſed in capita, nec quæritur,
utrum progeniti ſint ex defuncti fratribus ger-
manis, an conſanguineis, uterinisve, *art. 8. d.
plac.* Ac tametſi qualitas duplicis conjunctionis
jure Romano ultra fratres eorumque liberos
primi gradus non attenditur, hoc noſtro ta-
men jure finitur demum in fratrum liberis gra-
14 dus ſecundi. Poſt hos vocantur patrui & avun-
culi in capita, eorumque liberi primi gradus
ex repræſentatione, ſucceduntque in omnia de-
functi bona, ſine inquiſitione, utrum patrui
aut avunculi per utrumque parentem patri de-
functi juncti ſint, an per alterum dumtaxat,
art. 9. d. plac. Si nec patrui nec avunculi exta-
bunt, ſoli ſanguine proximi ad hæreditatem
in capita veniunt, nullo item diſcrimine ha-
bito, utrum cognatio procedat à fratribus utrin-
que, an ex uno latere dumtaxat conjunctis.
Et convenienter patrui magni & avunculi ma-
gni cum conſobrinis æqualiter ſuccedunt, *art.*
10. In ſucceſſione collateralium repræſentatio-
ni locus non eſt, quando omnes, qui ad
ſucceſſionem vocantur, eodem aut pari gradu
cognationis defunctum contingunt, *art. 11. d.
plac.* Cæterum ſi defunctus non alios propio- 15
res cognatos reliquerit, quàm fratrum filios,
& cum his item nepotem nepotesve alterius
fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc caſu
fratrum filii ſuccedunt in capita, nepotes fra-
tris in ſtirpes ſeu jure repræſentationis, *art. 12.*
Porro nulla in ſucceſſione in locis commemo- 16
ratis, ubi viget *d. plac. de ſucc. ab int.* atten-
ditur, unde aut à qua parte bona profecta
ſint, neque utrum ſint hæreditaria, an ex quæ-
ſtu, aut aliunde obvenerint, *art. d. plac.* 13.
Poſtremo ſi quid incidens videri poſſit, *d. con-* 17
ſtit. de ſucc. ab int. non ſatis evidenter defini-
tum, id non ad normam juris Æſdomici Sca-
binicive, aut conſtitutionis politicæ, (quippe
quæ, quod ad ſucceſſiones ab inteſtato in præ-
dictis locis attinet, ſublata eſt) ſed ad ra-
tionem juris ſcripti Romanorum dirigendum
erit, ut nominatim cautum *art. 14. d. conſtit.*
de ſucc. ab int. Illud etiam ſciendum eſt, præ- 18
dictas conſtitutiones DD. Ordinum non alias
locum habere, quàm ſi teſtamentis, pactis
antenuptialibus, aliiſve modis, expreſſis *art.*
19. *&* 29. *polit.* aliter cautum non probetur.
Succeſſionibus quoque feudalibus nihil iſtis
conſtitutionibus derogatum eſt; proinde in
feudis antiqua & propria natura ſuccedendi
etiam nunc ſequentia erit, de quâ tractatum
ſcripſit D. Neoſtadius piæ memoriæ, ſupre-
mæ apud nos Curiæ quomdam Senator. add.
D. Hug. Grot. *introduct. ad Juriſpr. Batav.*
lib. 2. cap. 41.

Titulus Sextus.
DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 10.

Textus.

Continuatio, & Cognationis diviſio.

Hoc loco neceſſarium eſt exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi ſumus, cognationem aliam ſupra numerari, aliam infra, aliam ex tranſverſo, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio eſt parentum; inferior liberorum; ex tranſverſo fratrum ſororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, materteræ. Et ſuperior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex tranſverſo numeratur, à ſecundo.

Commentarius.

1 *Cauſæ, ob quas cognationum gradus noſſe oporteat: & cur ſeriem generationum gradus Juriſconſulti vocitent?*

2 *Qua ſerie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*

1 NOn unam ob cauſam Juriſconſultus cognationum gradus noſſe debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire cenſuerunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum poſſeſſionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure noviſſimo ab inteſtato tam ad hæreditatem, quàm ad tutelam cognati omnes, id eſt, non tantùm agnati, ſed etiam cæteri cognati, ſervata gradus prærogativa vocantur, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti teſtimonium dicere non cogimur, *l.* 4. *de teſt. dict. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias diſtinctio graduum cognationis cognoſcenda eſt, maximè poſt jus Canonicum, quod hìc diverſa à jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in cauſis matrimonialibus dumtaxat etiam in foro Eccleſiaſtico ſervatur, ſupra expoſui ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potiſſimus hujus diſputationis uſus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc cauſam ait Imperator, neceſſarium eſſe hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque propoſita primum diviſione cognationis reſpectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipſos deinde ſpecialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo oſtendit. Gradus Juriſconſulti μεταφορικῶς vocant ipſam generationum ſeriem, quod alii ab aliis, quaſi gradibus quibuſdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti ſunt à ſimilitudine ſcalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id eſt, in eum, qui quaſi ex eo naſcitur, tranſeamus, *d. l. ult. §. gradus.* 10. *de grad. & affin.*

Aliam ſupra, aliam infra, aliam ex tranſverſo] Linea graduum cognationis duplex eſt: una recta & perpendicularis; altera tranſverſa ſive lateralis: illa vel eſt ſuperior, in qua ſunt parentes, id eſt, omnes adſcendentes; vel inferior, in qua liberi, id eſt, deſcendentes; hæc eorum eſt qui ex latere veniunt, fratrum ſcilicet & ſororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Eſtque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ ſcilicet eorum eſt, qui pari gradu diſtant à communi parente: vel inæqualis, cum alter eſt remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & ſur- 2
ſum & deorſum initium capit à primo gradu: tranſverſa autem incipit à gradu ſecundo, *l.* 1. §. 1. *l.* στέμματα. 9. *de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium: filius recta generatur à patre: & ita deinceps adſcendendo aut deſcendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot ſunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originem trahit, quàm de cujus hæreditate agitur, puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi cauſa, à fratre non generatur, ſed ut ortus utriuſque auctor eſt communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus ſemper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali ſic ſerie nonnihil diverſa. Etenim cùm à latere ad latus perveniri non poſſit, niſi per eum tranſeas, à quo veluti communi limite utrumque latus deſcendit, neceſſe eſt primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ τῆς συγγενείας αἴτιον ἀνιόντα, ut Theoph. *de legit. agn. ſucc. in pr.* ſurſum progrediare, & inde rurſus deorſum ad alterum; de quo & ipſo quæritur. Quamobrem ſi quæratur frater quoto gradu à fratre diſtet, primum ab uno fratre adſcendendum eſt ad caput utriuſque, patrem ſcilicet; deinde deſcendendum ad alterum fratrem, & comperiemus, fratres duobus gradibus inter ſe diſtare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hìc habes unum gradum: idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hìc habes alterum. Pari ratione ſi quæras, quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus ſit, adſcende primum ad avum veſtræ cognationis communem limitem: deinde iterum deſcende ad ejus filium, qui eſt patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu

cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus eſt: eadem tamen proportio ſervatur; numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hoc eſt perſpicua, germana, ipſique naturæ prorſus conſentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. & 2. gradu.

1. *Primo gradu eſt ſupra pater, mater: infra filius, filia.* 2. *Secundo gradu ſupra avus, avia: infra nepos, neptis: ex tranſverſo frater, ſoror.* 3. *Tertio gradu ſupra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex tranſverſo fratris ſororiſque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus eſt patris frater, qui Græcis πατράδελφος appellatur. Avunculus eſt frater matris, qui Græcè μητράδελφος dicitur, & uterque promiſcue θεῖος appellatur. Amita eſt patris ſoror, quæ Græcè πατραδέλφη appellatur. Matertera verò matris ſoror, quæ Græcè μητραδέλφη dicitur: & utraque promiſcuè θεῖα appellatur.*

COMMENTARIUS.

IN his §§. nihil eſt, quod interpretem deſideret. Nomina Græca, quæ hìc addita, non ſunt apud Cajum *l.* 1. §. 3. *& 2. ſeqq. de grad. & affin.* & quædam etiam deſunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατράδελφοι & μητράδελφοι apud Cujac. Hot. Cont. Vveſemb. legitur πατρῶες & μητρῶες, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατραδέλφη, & μητραδέλφη non agnoſcunt: nec ſatis Græca ſunt: quoniam Græci non ſolent ſic compoſita efferre terminatione fœminina: & disertè Pollux in ὀνομαστικῷ ſcribit, τὸν πατρὸς ἀδελφὸν πατράδελφον, τὸν δὲ μητρὸς μητράδελφον appellari: Θεῖος & θεῖα communia nomina eſſe conſtat, quibus promiſcuè fratres & ſorores tam patris, quàm matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpoſitum eſt, *quæ etiam* τιτθὶς, quod interſerit etiam Theophilus, quamvis fortaſſis de ſuo, ut paraphraſtes. Planè Polluci τιτθὶς eſt ἡ μητράδελφος. Heſychio & Suidæ θεῖα, tam patris, quàm matris ſoror, ſed apud hos legitur τηθίς. Fratris ſororiſque filii & filiæ ſpeciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. §. tertio. 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Eraſmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine rectè notantur à D. Giphanio. Æacus Plutonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius. Fratruelis. Gloſſ. gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus. VINN.

... itur & NEPOTES, quamvis ea notio ſequiorem Latinitatem ſapiat. Vid. Caſaub. ad Spart. *Hadr. cap.* 2. Voſſ. *de vit. Serm. c.* 27. Attamen Ovid. 3. *Pont. eleg.* 3. ad Cupidinem:

Cæſar ab Ænea qui tibi fratre nepos.

quod notavit Barthius ad Guill. Brit. *p.* 431. Sæculo 4. Licinium *Conſtantini ex ſorore nepotem* vocant Hieron. *Chron. n.* 2330. & Oroſ. *lib.* 7. *cap.* 28. Quæ loca ſuppeditat V. C. Chriſt. Cellar. *in Cur. poſter. p.* 235. HEIN.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. *Quarto gradu ſupra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex tranſverſo fratris ſororiſque nepos neptiſve: & convenienter patruus magnus, amita magna, id eſt, avi frater & ſoror: item avunculus magnus & matertera magna, id eſt, aviæ frater & ſoror: conſobrinus, conſobrina, id eſt, qui quæve ex ſororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè conſobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus ſororibus progenerantur, quaſi conſobrinos; eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ naſcuntur, ſorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & ſorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filii conſobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

NOTÆ.

4. *Quidam rectè conſobrinos, &c.*] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve ſunt, fratres & ſorores patrueles propriè appellantur, qui quæve ex duabus ſororibus, conſobrini conſobrinæque, quaſi conſororini, qui quæve ex fratre & ſorore, amitini & amitinæ, *l.* 1. §. 6. *l. ult.* §. 15. *hoc tit.* ubi tamen JCti teſtantur, hos omnes à pleriſque communi appellatione conſobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque ſunt perſpicua quoad rem ipſam, illud tantùm notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus ſororibus, item qui ex fratre & ſorore nati ſunt, propriis quidem nominibus diſtinguuntur, ſed quorum pleriſque vulgo promiſcuè utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve ſunt fratres & ſorores patrueles propriè appellari; qui quæve ex duabus ſororibus, conſobrinos conſobrinaſque, quaſi conſororinos; qui quæve ex fratre & ſorore, amitinos & amitinas dici tradunt Cajus *l.* 1. §. *quarto* 6. & Paul. *l. ult.* §. *quarto.* 15. *de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à pleriſque uno communi nomine conſobrinos vocari teſtantur: quemadmodum apud Bel-

Belgas quoque hi omnes dicuntur *Suſterlingen*, quod reſpondet τῷ *conſobrini*. Et quamvis amitini numquam inter ſe duo ſint, quoniam qui alteri amitinus eſt, is ab eo conſobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Juſtinianus indicat; tamen ex ſorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici ſignificant. Ex quo hoc etiam apparet, conſobrinorum nomen non poſſe reſtringi ad ſolos duarum ſororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine propriè appellare poſſum, quàm conſobrini. In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videntur ſignificari fratres & ſorores conſanguinei, matruelium uterini, *l. 1. de parricid.* nec enim potes illo loco patruelem & matruelem conſobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent conſobrini præponi patruo & avunculo: tum etiam quia eodem loco poſt patruum & avunculum collocantur conſobrinus & conſobrina, ut bene obſervavit D. Cujac. *6. obſ. 17.* ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπάτριον, fratrem ſororemque conſanguineos matruelem ὁμομήτριον, fratrem ſororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti ſunt, fratres patrueles rectè appellabimus, & ipſos quoque fratres conſanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eumdem patrem habeant. Idemque ſentio de fratribus matruelibus.

TEXTUS.

Quintus gradus.

5. *Quinto gradu ſupra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex tranſverſo fratris ſororiſque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita, id eſt, proavi frater & ſoror: & proavunculus & promatertera, id eſt, proaviæ frater & ſoror: item fratris patruelis, vel ſororis patruelis, conſobrini & conſobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior ſobrino, propior ſobrina. Hi ſunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius, filia.*

NOTÆ.

5. *Propius ſobrino*] Dicitur & propior ſobrino, *d. l. 1. § ult. l. ult. §. 16. verſ. perſonæ, eod.* & propior ſobrinus, *l. 2. C. unde leg.* Græci σοβρίνῳ ἐγγύτερον appellant in *l. 2. C. comm. de ſucceſſ.*

COMMENTARIUS.

PRopior ſobrino] Propior ſobrino, ſobrina, & propius ſobrino, ſobrina; item propior ſobrinus, ſobrina, & propius ſobrinus, ſobrina, rectè omnimodo dicetur, *l. 1. §. ult. l. ult. §. quinto. 16. verſ. perſonæ. de grad. & affin. l. 2. C. unde leg.* Paul. *4. ſent. 11.* Feſtus in verbo *propius* Uſitatius tamen eſt *propior ſobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal. 64.* dixit *ſobrino prior*. *Lepida*, inquit, *minore Antonia genita, avunculo Auguſto, Agrippinæ ſobrinæ prior*, &c. *parem ſibi claritudinem credebat*. Neque enim neceſſe eſt, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipſius. Eſt autem propior ſobrino, ſobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, conſobrinus, conſobrina, *d. l. 1. §. ult. & l. 2. eod.* cui viciſſim ille eſt conſobrini filius, *d. l. 1. §. ult. & hoc text.* Sic Lepida cùm eſſet Germanico, patri Agrippinæ, conſobrina, (nam ab Agrippina vocata eſt ſobrina propior) Agrippina illi conſobrini filia. Verùm ut confuſa eſt utrinque amitini & conſobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori ſobrino ego etiam vocer propior ſobrinus, *l. 2. C. unde legit.* Feſt. *d. loc.* ubi ait, propius ſobrino mihi eſſe conſobrini mei filium & patris mei conſobrinum.

TEXTUS.

Sextus gradus.

6. *Sexto gradu ſupra tritavus, tritavia, infra trinepos, trineptis: ex tranſverſo fratris ſororiſque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita id eſt, abavi frater & ſoror: abavunculus, abmatertera, id eſt, abaviæ frater & ſoror: item propatrui, proamitæ, proavunculi, promaterteræ filius, filia; item propius ſobrino, ſobrinave filius, filia item: conſobrini, conſobrinæ nepos, neptis: item ſobrini, ſobrinæ, id eſt, qui quæve ex fratribus vel ſororibus patruelibus, vel conſobrinis, vel amitinis progenerantur.*

COMMENTARIUS.

ITem propius ſobrino ſobrinave, filius filia] Hæc verba omnino inducenda ſunt, ut ſuperflua. Etenim filii & filiæ propioris mei ſobrini & ſobrinæ, aut ſunt mihi nepotes ac nepotes conſobrini & conſobrinæ, aut ipſi mihi ſobrini & ſobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera rectè habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Wesembecio neceſſe eſt. Omnino enim male Gothofredus verba iſta retinuit: illa autem, *item conſobrini* &c. expunxit.

Item conſobrini, conſobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Cajo *l. 3. de grad. & affin.* ſic reſtituit, *Item fratris patruelis, ſororis patruelis, conſobrini, conſobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis*. Nulla tamen neceſſitate: quoniam, ut ſupra notatum eſt, generali conſobrinorum appellatione patrueles quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrino-

Digitized by Google

rum nomina, ut patruelium & conſobrinorum, inter ſe referuntur, ut qui mihi ſobrinus eſt, ego ei viciſſim ſim ſobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco exiſtimet, fratris, patruelis, &c. filium ſobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc eſt, utrinque ſobrinos dici eos; qui ex duobus patruelibus ex amitino & conſobrino, ex duobus item conſobrinis nati ſunt: quos nos *achterſuſters Kinderen* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina deſinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

Textus.

De reliquis gradibus.

7. *Hactenus oſtendiſſe ſufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam eſt intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe ſemper generata perſona gradum adjicit: ut longè facilius ſit reſpondere, quoto quiſque gradu ſit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.*

Notæ.

7. *Generata perſona gradum adjicit*] Id eſt, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum conſtituendus erit numerus graduum. Jus autem Canon. alia denumeratione utitur in linea tranſverſa; quæ tamen in cauſis matrimonialibus dumtaxat ſervatur, *v. 1. ad ſedem. c. parentela. c. 35. q. 5.*

Commentarius.

Generata perſona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantumdem excreſcit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæſtione propoſita videndum, quot inter utramque perſonam generationes extiterint, atque ex earum numero conſtituendus erit numerus graduum.

Textus.

De gradibus agnationis.

8. *Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

Commentarius.

Rectè Hotomannus hunc locum ſic interpretatur, non quaſi Juſtinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, ſicut cognationis: tam enim agnatorum, quàm cognatorum hactenus mentio facta: ſed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione creſcere, nimirum ut ſemper perſona generata adjiciat gradum.

Textus.

De graduum deſcriptione.

9. *Sed cùm magis veritas oculata fide, quàm per aures animis hominum infigatur; ideo neceſſarium duximus, poſt narrationem graduum, eos etiam præſenti libro inſcribi, quatenus poſſint & auribus & oculorum inſpectione adoleſcentes perfectiſſimam graduum doctrinam adipiſci.*

Commentarius.

Rei cujuſque cognitio certius ex oculorum ſenſu, quàm aurium percipitur. Cujus rei rationem Ariſtoteles περὶ αἰσθήσεως hanc affert, quod adſpectus per ſe ac vi ſua, nulliuſque alterius opera percipit; auditus verò per accidens & opera aliena. Sanè quia quæ videmus in propinquo ſunt, ideo ea nos magis afficiunt, quàm quæ audimus, quæ abſunt fere, & ideo non ita movent. Poeta *in arte, v. 180.*

Segnius irritant animos demiſſa per aurem,
Quàm quæ ſunt oculis commiſſa fidelibus.

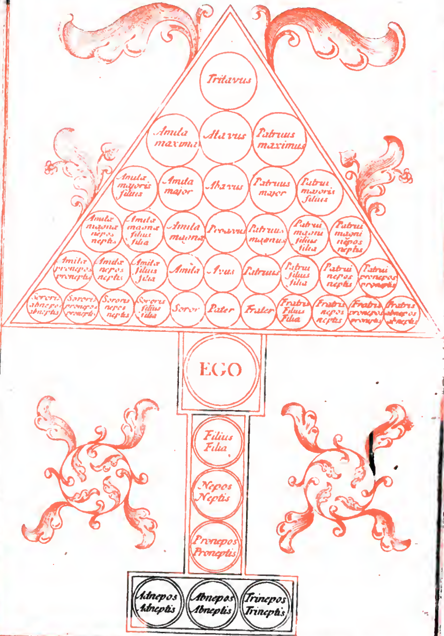
Hoc Candaules credidit, & in Gyge cum amiſſione regni expertus eſt, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quàm quæ aurium via manant. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστεροι μάρτυρες.

Præſenti libro inſcribi] Hæc graduum cognationis deſcriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio ſimilis delineari, & in tabula repræſentari poteſt, quod cùm etiam à pleriſque factum ſit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris verſantur, nobis nihil opus eſt, hic item tabulam aliquam exhibere.

Titu-

Digitized by Google

TYPUS HIC REFERENDUS EST AD paginam . § IX. Tituli VI. de gradibus Cognationis



TITULUS SEPTIMUS.
DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2. *C. Lib.* 6. *tit.* 4.

TEXTUS.

Illud certum eſt, ad ſerviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed noſtra conſtitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus uſque ad noſtra tempora ſatis obſcurum atque nube plenum, & undique confuſum fuerat,) & hoc humanitate ſuggerente conceſſimus, ut ſi quis in ſervili conſtitutus conſortio liberum vel liberos habuerit, ſive ex libera ſive ex ſervilis conditionis muliere; vel contra ſerva mulier ex libero vel ſervo habuerit liberos cujuſcumque ſexus; & ad libertatem his pervenientibus, ii qui ex ſervili ventre nati ſunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipſi in ſervitute eos habuerint & poſtea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad ſucceſſionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte ſopito. Hos etenim liberos non ſolùm in ſuorum parentum ſucceſſionem, ſed etiam alterum in alterius ſucceſſionem mutuam vocavimus ex illa lege ſpecialiter eos vocantes, ſive ſoli inveniantur, qui in ſervitute nati & poſtea manumiſſi ſunt, ſive una cum aliis, qui poſt libertatem parentum concepti ſunt, ſive ex eodem patre, ſive ex eadem matre, ſive ex aliis nuptiis, ad ſimilitudinem eorum, qui ex juſtis nuptiis procreati ſunt.

NOTÆ.

Liberum vel liberos] *Liberum*, numero unitatis, v. *ſup.* §. 2. *per quas perſ.* Satis erat dicere, *liberos habuerit*, *l.* 148. *de verb. ſign.* VINN. Eodem modo loquuti ſunt veteres quidam. Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit*. Add. Quintil. *Declam.* 11. *l.* 33. *C. de inoff. teſt.* Ex inſtituto ea de voce diſputant Voſſ. *de analog. lib.* 1. *cap.* 42. Munker. *ad Hygin. fab.* 9. & V. C. Dukerus *de Lat. vet. JCt. p.* 385. HEIN.

Sive ex aliis nuptiis] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicumque copulatione*. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu ſuccedere nequeunt.

COMMENTARIUS.

NOtant fere recentiores omnes, in pleriſque manuſcriptis & in Græca paraphraſi hunc locum nullam novam inſcriptionem habere; ſed cohærere titulo præcedenti, cujus etiam partem eſſe arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco inſtituitur. Sed age, rem ipſam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in ſex proximè ſeqq. tit. explicatione ſolito breviores, ne nimirum hoc opus excreſcat curioſa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum uſum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum poſſeſſio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes ſerviles pertinere. Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *unde cogn.* & Paul. *l. ult.* §. *non parcimus.* 5. *de grad. & affin.* Quod ſic intelligendum eſt, non pertinere edictum aut leges antiquas ad ſervorum cognationem etiam poſtquam manumiſſi ſunt; nam quamdiu ſervitutem ſerviunt, nec ſucceſſorem habere poſſunt, nec ipſi alteri ſuccedere, *l.* 4. *C. commun. de ſucceſſ.* neque novi juris quæ ſequitur conſtitutio ad ſervos, quamdiu in ſervitute manent, pertinere poteſt.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio] In cauſa videlicet ſucceſſionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo ſervilis cognationis ratio habetur, nuptiiſque impedimento eſt, ſi forte pater & filia, frater & ſoror, manumiſſi fuerint, §. *illud.* 10. *ſup. de nupt. l. adoptivus.* 14. §. 2. & 3. *de rit. nupt.* Quo loco etiam diverſi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inſpicitur. In ſucceſſionibus autem naturalis ſervorum cognatio inſuper habita fuit, *dict. l. ult.* §. *non parcimus.* 5. *de grad & affin.* Itaque ſi, verbi cauſa, ancilla cum liberis, quos in ſervitute pepererat, manumiſſa fuerat, neque liberi ex Senatuſconſulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatuſconſulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc, neque illi ad bonorum poſſeſſionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæſitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum poſſeſſionis jus eſſet.

Sed noſtra conſtitutione] Deſideratur hæc conſtitutio. Epitomen ejus in membranis quibuſdam Latinè expreſſam, atque à ſe repertam, Cujacius exhibet, *lib.* 20 *obſ.* 34 in qua tamen epitome tantùm jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræſentat ex Baſilicis conſtitutio-

nem

Digitized by Google

nem Græcam, quam putat eſſe integram hanc Juſtiniani. Sanè Græcè ſcriptam fuiſſe teſtatur ipſe Juſtinianus, §. 3. *ſeq. tit.*

Humanitate ſuggerente] Etſi ſervilis cognationis, quamdiu durat ſervitus, in cauſa ſucceſſionis ratio haberi non poteſt, poteſt tamen ſervitute ſublata. Atque adeo plenum humanitatis eſt, tunc in hac etiam cauſa cognationem illam naturalem ſpectari.

Ut hi omnes ad ſucceſſionem] Igitur hac conſtitutione Juſtiniani nati ex ſervis ancillisve, ſi parentibus manumiſſis ipſi quoque manumiſſi ſint ſuperſtites, eis ab inteſtato ſuccedunt, excluſis patronis, à quibus ipſi antea excludebantur.

Alterum in alterius ſucceſſionem mutuam] Ita ut non ſolùm parentibus, ſed etiam ipſi manumiſſi fratres & ſorores inter ſe ſuccedant. Quod tamen ego ſic accipiendum eſſe exiſtimo, ſi, quod multis modis accidere poteſt, patronus deficiat; nam liberis non extantibus; expreſsè ſtatim patronum ad liberti inteſtati ſucceſſionem ipſe Juſtinianus vocat, idque eadem conſtitutione, quam hic ſignificat, *d. §. 3. verſ. ſin autem tit. ſeq.* Quamvis ſanè fratres patrono præferendos arguat, *l. 2. C. ad Senatuſc. Tert.* Sed non eſt eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberri propriè dicti & patroni; utique poſtquam fratres in ſucceſſione patri prælati ſunt, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucc.* ad quod jus Tribonianus *d. l. 2.* interpolando conformavit.

Sive ſoli inveniantur] Quare non modo qui nati in ſervitute poſtea manumiſſi ſunt, inter ſe ab inteſtato ſuccedunt, ſed etiam cum aliis, qui poſt parentum libertatem naſcuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum eſſe cenſent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorumdam manuſcriptorum & Theophili, apud quem tantùm eſt, εἴτε ἐκ διαφόρων. Ut horum verborum, *ſive ex aliis*, hic ſit ſenſus, ſive ex alio & diverſo patre, ſive ex alia ſeu diverſa matre. Sed contra hos inſurgit Bachovius, & maximè in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

Textus.

Collatio ordinum & graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet non ſemper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior ſit cognatus, ſemper potiorem eſſe. Cum enim prima cauſa ſit ſuorum hæredum, & eorum, quos inter ſuos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem eſſe, quàm fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cùm alioqui pater quidem & mater, (ut ſupra quoque tradidimus,) primum gradum cognationis obtineant, frater verò ſecundum, pronepos autem tertio gradu ſit cognationis, & abnepos quarto. Nec intereſt, in poteſtate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut fœmineo ſexu propagatus eſt. Amotis quoque ſuis hæredibus, & quos inter ſuos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamſi longiſſimo gradu ſit, plerumque potior habetur, quàm proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel matertera præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati ſunt: quoties neque ſuorum hæredum quique inter ſuos hæredes ſunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat, ſecundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & ſorore emancipatis, qui ad ſucceſſionem fratrum vel ſororum vocantur: qui etſi capite deminuti ſunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.*

Notæ.

1. *Exceptis fratre & ſorore emancip.*] Ex conſtitutione Anaſtaſii §. 1. *ſup. d. tit.* item ſorore uterina & ſororis conſanguineæ ſive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. *ſup. de leg. ag. ſucc.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confuſa ſunt, *Nov.* 118. ubi Juſt. tres novos ordines ſuccedentium fecit. 1. Deſcendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Aſcendentium; ſed horum proximi tantùm vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem ſi ſoli ſint, ex *Nov.* 127. 3. Lateralium; quorum ſoli quoque proximi vocantur, niſi quod fratrum germanorum filii jure repræſentationis una cum thiis ſuis veniunt, thiiſque defuncti, ejuſque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

Commentarius.

Hic locus ad ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata ſunt, generaliter pertinet. Summa eſt, duas eſſe ſuccedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem, quàm hujus potiorem rationem eſſe, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu ſit poſterior, præferatur ei, qui eſt poſterior ordine; quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quàm fratrem, patrem, matrem] Conferuntur hic ſui & qui ſuorum numero ſunt cum legitimis, qui eum illis concurrere numquam poſſunt, propter prærogativam ordinis ſuorum. Sed ſi ſui inter ſe conferantur, hic qui gradu proximior eſt, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus

[illegible] ... ſi [illegible] ... & cæteri [illegible] ... præ- [illegible] ... ordinis: [illegible] ... [illegible] *ſup. de* [illegible] ... agnatos ipſos ſpecta- [illegible] ... in hoc ordi- [illegible] ... habet, extra quam [illegible] ... ctum eſt, *Nov.* 118. [illegible] ... concurrant. Cæ- [illegible] ... *tit. de leg. agn. ſucc.* [illegible] ... tylliano §. 3. & *ſeqq.* quæ [illegible] ... habet. Hodie agnatorum & co- [illegible] ... ſtituta ſunt, *d. Nov.* 118. ubi Juſtin. tres novos ordines ſuccedentium fecit, unum deſcendentium, alterum adſcendentium, tertium collateralium. Deſcendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa ſervatur. Cum adſcendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iiſdem excluduntur; inter ipſos autem ſuccedunt tantùm proximi, *d. Nov.* 118. *c.* 2. & *Nov.* 127. Lateralium quoque proximi ſolùm vocantur, niſi quod fratrum germanorum filii jure repræſentationis ſimul cum patruis & avunculis ſuis veniunt, & patruis avunculiſque defuncti, eſuſque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris ſanguinis, illis jure quadantenus deſcendentium: qua de re ſupra explicatum eſt diligentius.

TITULUS OCTAVUS.

DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. *Tit.* 2.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

HUc uſque differuit de ſucceſſione ingenuorum: ſequitur nunc de ſucceſſione libertorum, id eſt, de jure ſuccedendi in bonis libertorum. Vox enim ſucceſſionis hìc non activè, ut in præcedentibus, ſed paſſivè accipitur, non qua libertus ſuccedit alii, ſed qua ipſi liberto ſucceditur. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum conſtitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum poſtea lege Papia; poſtremo aliter hanc cauſam definivit Juſtinianus: quæ ſingula hìc ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Qui ſuccedunt. De lege. 12. Tabb.

Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberto patronum ſuum impune teſtamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, ſi inteſtatus mortuus eſſet libertus, hærede ſuo nullo relicto. Itaque inteſtato mortuo liberto, ſi is ſuum hæredem reliquiſſet, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et ſiquidem ex naturalibus liberis aliquem ſuum hæredem reliquiſſet, nulla videbatur querela: ſi verò adoptivus filius fuiſſet, apertè iniquum erat, nihil juris patrono ſupereſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Legem* 12. *tabb. non alio jure patronum cenſuiſſe, quàm agnatorum.*
2 *Cur magis iniquum viſum, patronum ab adoptivis excludi, quàm patrem, fratrem? &c.*

NAm *ita demum lex* 12. *tabb.*] Argumentum ex contrariis, quo probat, jure antiquo 12. tabb. licuiſſe liberto teſtato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc eſt: Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti inteſtato mortui: ergo in bonis liberti teſtato mortui nullum jus patronum habere voluit, ſi videlicet teſtamento præteritus, nihilve ei relictum ſit.

Hærede ſuo nullo relicto] Inteſtato liberto mortuo, lex duodecim tabularum primum ſuis hæredibus defert hæreditatem: ſi hi non fuerint, tunc patrono. Ulp. *l.* 3. *in pr. de ſuis & leg. & in fragm. tit.* 27. & *tit. ult. in pr.* ubi ſic ſcribit; *Civi Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, ſi inteſtato ſine ſuo hærede libertus deceſſerit. Ideoque ſive teſtamento facto decedat, licet ſuus hæres ei non ſit, ſeu inteſtato & ſuus hæres ei ſit, quamvis non naturalis, ſed uxor, puta, quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præſtat.* Hinc verò apparet, legem non alio 1
jure patronum cenſuiſſe, quàm agnatorum, qui & ipſi ab inteſtato poſt ſuos hæredes vocantur, & teſtamento præteriri poſſunt. Quod autem primo loco & ſolum poſt ſuos hæredes patronum lex vocat, mirum non eſt: quoniam liberti agnatos non habent. VINN. Rectè Vinnius obſervat patronum liberto loco agnati fuiſſe.

Diſcr-

Digitized by Google

Diſertè id dicit Juſtin. in conſtitutione græca, quam ex Baſilicis primus extulit Cujac. *lib. 20. obſ. cap.* 34. Ἐπειδὴ δὲ δοκοῦσι συγγενεῖς εἶναι τῶν ἐλευθερωθέντων οἱ ἐλευθερώσαντες αὐτοὺς, διὰ τοῦτο καὶ καλοῦνται εἰς τὴν νομίμην διαδοχήν. ὥσπερ ἐπὶ τῶν εὐγενῶν οἱ κατὰ βαθμὸν ἐγγύτεροι καλοῦνται, οὕτως καὶ ἐπὶ τῶν ἀπελευθέρων. *Quum veluti agnati liberorum patroni cenſeantur, hinc & vocantur ad legitimam ſucceſſionem. Quemadmodum ingenuorum agnati gradu propiores vocantur, ita & libertinorum.* Inde eſt, quod & nomina patronorum & cognomina adſumerent liberti. Vid. Lactant. *Inſt. div. lib.* 4. *cap.* 3. Car. Sigon. *de nom. propr. Rom. p.* 1418. Hein.

Si adoptivus filius, apertè iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id eſt, procreatis juſto matrimonio, excludi, indignum viſum non eſt; at iniquum viſum, eumdem excludi etiam ab adoptivis & adſcititiis. Cur verò inquis in patrono id minus ferendum fuit, quàm in pa-
2 tre, matre, fratribus, ſororibus, reliquiſque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri conſtat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum conceſſiſſe, ne alioqui duras nimis conditiones libertis ſuis in præſtanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. lib.* Sed & illud duriuſculum viſum, poſſe patronum per quemvis hæredem teſtamento liberti ſcriptum repelli. Cæterum erat hoc conſequens liberæ teſtandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ.

Textus.

De jure prætorio.

1. *Qua de cauſa poſtea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata eſt. Sive enim faciebat teſtamentum libertus, jubebatur ita teſtari, ut patrono partem dimidiam bonorum ſuorum relinqueret; & ſi aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas teſtamenti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Sive inteſtatus moriebatur, ſuo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æquè patrono contra hunc ſuum hæredem partis dimidiæ bonorum poſſeſſio. Prodeſſe autem liberto ſolebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non ſolùm quos in poteſtate mortis tempore habebat, ſed etiam emancipati & in adoptionem dati, ſi modo ex aliqua parte ſcripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum poſſeſſionem ex edicto prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

Notæ.

1. **Dimidiam bonorum**] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in caſtris quæſita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

Æquè patrono dabatur, &c. bonorum poſſeſſio] Theoph. [illegible] contra tabulas. Sed aut ſomniavit, aut corruptus eſt. Quid enim contra tabulas liberto inteſtato mortuo?

Si modo ex aliqua parte ſcripti]. Hæc clauſula pertinet ad datos in adoptionem.

Exhæredati nullo modo, &c.] Intellige, niſi per querelam teſtamentum ut inofficioſum, evertiſſent.

Commentarius.

PRætor duo mutavit. Primum teſtandi licentiam in liberto coercuit, juſſitque libertum ita teſtari, ut patrono non minùs parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas poſſeſſione, ſi aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum eſſet. Cæterum quod hìc ſimpliciter ſcriptum eſt, is hanc habet exceptionem, niſi libertus liberos naturales, ſive ſuos, ſive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quàm extranei) hæredes inſtituerit: quippe à quibus & non facto teſtamento patronus excluderetur. Ulp. *d. tit. ult. in pr.*

Sive inteſtatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum eſt, quod in hac cauſa mutavit prætor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio ſuo hærede exiſtente patronum in totum ab hæreditate liberti inteſtato mortui excludebat. Edicto verò prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati] Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva ſunt, quaſi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, ſed tantùm ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, §. *at hi.* 10. & §. 12. *cum ſeq. ſup. de hær. quæ ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, niſi teſtamento hæredes ſcripti; ac proinde clauſula ſequens, *ſi modo ex aliqua parte ſcripti hæredes erant*, adjecta eſt.

Aut præteriti contra tabulas] Hoc ad ſolos emancipatos referri debet. Quippe cùm bonorum poſſeſſio contra tabulas iis dari non ſoleat, qui tempore mortis ejus, de cujus ſucceſſione agitur, in aliena familia fuerunt, §. *eadem.* 12. *ſup. de hær. quæ ab int.*

Exhæredati nullo modo] Sed quid ſi teſtamentum per querelam everſum fuerit? Dubitandum non eſt, quin liberi patronum excludant, cùm res ad cauſam inteſtati redeat. Plura Bachovius *hic.*

Textus.

De lege Papia.

1. *Poſtea verò lege Papia adaucta ſunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim eſt, ut ex bonis ejus, qui ſeſtertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quàm tres liberos*

habe-

Digitized by Google

habebat, (ſive is teſtamento facto, ſive inteſtatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cùm unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac ſi is ſine ullo filio filiave inteſtatus deceſſiſſet. Cùm verò duos duaſve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: ſi tres reliquerat, repellebatur patronus.

Commentarius.

1 *Seſtertius & ſeſtertium an idem valeant?*

SEcunda hujus juris mutatio facta eſt lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt ſuffecti Coſſ. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab U. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta reſtituit notiſque illuſtravit vir clariſſimus D. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores ſolummodo pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui ſeſtertium centum millium] Locupletiores habiti, qui ſeſtertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præcisè dixit Africanus rem centum, *l. liberto. 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. ſi libertus. 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotom. *lib. de re numm.* duplex veteribus enunciandi uſus fuit, interdum plena oratione ut dicerent, verbi cauſa, centum millia ſeſtertium, quomodo hoc extulit Juſtinianus hìc: interdum præcisè, verbi cauſa, centum ſeſtertium, aut centum ſimpliciter: qua forma uſus Africanus *d. l. liberto. 26.* Ubi per octoginta & centum, totidem ſeſtertiorum millia eum intelligere certum
1 eſt. Quod autem Cantiuncula & Mynſingerus hìc ſcribunt, atque in dictionario ſuo prodidit Calepinus, ſeſtertium neutro genere, & in plurali numero ſeſtertia ſingula, ſignificare & valere mille ſeſtertios nummos, ſecuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de aſſe* docuit, errorem eſſe Bachovius exiſtimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehenſum. Sed videtur mihi Bachovius valde oſcitanter Hotom. inſpexiſſe, qui hoc quidem docet & oſtendit; ſeſtertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus uſurpatum non eſſe, niſi quod metri cauſa à Poetis id factitatum, quod & jam antea obſervaverat Georg. Agric. *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro aſſerit Bachovius ſeſtertium neutro genere eadem ſignificatione uſurpari à Poetis, qua maſculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni, in eo dupliciter errat; nam nec Hotomannus id docuit, ſed Agricola; & verum non eſſe, contra Agricolam ipſe Hotomannus demonſtrat c. 22. *d. lib. de re numm.* ubi expreſsè ſcribit, ſeſtertia à Poetis dici ſolita non pro nummis ſeſtertiis, ſed pro mille nummorum ſumma, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonſtrandæ ſufficiet. Is *ſatyra* 4. Criſpini cujuſdam gulam exagitans ſic ait *v. 15.*

——Mullum ſex millibus emit,
Æquantem ſanè paribus ſeſtertia libris.

quod priore verſu de minoribus ſeſtertiis Poeta dixerat, ſequenti de majoribus enunciat; ſignificat enim, totidem libras mullum iſtum pependiſſe, quot ſeſtertiis Poeticis emptus fuerat, nimirum ſex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia ſeſtertiorum Romani non pronuntiaverint: ſed cum ad mille millia ventum eſſet, adverbiis numeralibus uſos, ut dicerent, decies aut vicies ſeſtertium præcisè, pro decies aut vicies centena millia ſeſtertium. Sed deſino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, ſeſtertium fuiſſe quartam partem denarii; denarium partem viceſimam quintam aurei; ac proinde aureum continuiſſe ſeſtertios centum; idemque valere centum millia ſeſtertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quàm hactenus habuimus, expectamus à D. Salmaſio. Vinn. Addi ad hunc locum poteſt V. C. Jac. Perizon. *de l. Vocon. p.* 171. Nos quoque rem expendimus in *Comm. ad l. Pap. Poppæam. lib. 1. cap. ult.* Hein.

Pauciores quàm tres liberos, virilis pars patrono] Lex Papia patronum liberti centenarii ſeu locupletis, ſive teſtato ſive inteſtato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, ſi modo is pauciores, quàm tres liberos reliquiſſet.

Sine ullo filio inteſtatus] Reponendum omnino eum Ruſſard. Cuj. Cont. Hotom. *teſtatus*. Theophilus, *ἐπὶ διαθήκῃ, condito teſtamento*. Nam liberto inteſtato & ſine liberis defuncto ſolus & in ſolidum ſuccedit patronus tam ex edicto prætoris, quàm ex lege 12. tabb. *ſup. in pr. &* §. 1. Cujac. 3. *obſ.* 13.

Si tres, repellebatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à prætore repellebatur, etiamſi libertus unum aut duos tantùm liberos reliquiſſet: lege verò Papia virilem hìc partem patronus obtinebat. At ſi libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc ſive teſtato ſive inteſtato deceſſiſſet, patronus in totum etiam per legem Papiam ſummovebatur.

Textus.

De conſtitutione Juſtiniani.

3. *Sed noſtra conſtitutio, (quam pro omni natione Græca lingua compendioſo tractatu habito compoſuimus,) ita hujuſmodi cauſam definivit: ut ſiquidem libertus vel liberta minores centenariis ſint, id eſt, minus cen-*

tum

tum aureis habeant ſubſtantiam, (ſic enim legis Papiæ ſummam interpretati ſumus, ut pro mille ſeſtertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum ſucceſſione: ſi tamen teſtamentum fecerint. Sin autem inteſtati deceſſerint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reſervavit. Cùm verò majores centenariis ſint, ſi heredes vel bonorum poſſeſſores liberos habeant, ſive unum ſive plures, cujuſcumque ſexus vel gradus, ad eos ſucceſſiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum ſua progenie ſemotis. Sin autem ſine liberis deceſſerint, ſiquidem inteſtati, ad omnem hæreditatem patronos patronaſque vocavimus. Si verò teſtamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cùm nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater ſive avus maternus eos præterierint, ita quod non poſſint argui inofficioſa eorum teſtamenta, tunc ex noſtra conſtitutione per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, ſed tertiam partem bonorum liberti conſequantur; vel quod deeſt eis, ex conſtitutione noſtra repleatur, ſi quando minus tertia parte bonorum ſuorum libertus vel liberta eis reliquerit; ita ſine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommiſſa præſtentur, ſed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis caſibus à nobis in præfata conſtitutione congregatis, quos neceſſarios eſſe ad hujuſmodi diſpoſitionem juris perſpeximus; at tam patroni patronæque, quàm liberi eorum, nec non qui ex tranſverſo latere veniunt uſque ad quintum gradum, ad ſucceſſionem libertorum libertarumve vocentur, ſicut ex ea conſtitutione intelligendum eſt. Et ſi ejuſdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi ſint, qui proximior eſt, ad liberti vel libertæ vocetur ſucceſſionem: & in capita, non in ſtirpes dividatur ſucceſſio: eodem modo & in iis, qui ex tranſverſo latere veniunt, ſervando. Pæne enim conſonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus fecimus.

Notæ.

3. *Noſtra conſtitutio*] Non extat: ſed eam nobis ex Baſilicis repræſentat Cujac. 20. *obſ.* 34.

Pro mille ſeſtertiis unus aureus] Cùm antea unus aureus reſponderet tantùm ſeſtertiis centum. Non igitur ſimpliciter legem Papiam interpretatur, ſed emendat.

Vel fideicommiſſa] Quæ certis perſonis præſtantur ab his, qui petunt bon. poſſeſſ. cont. tabb. *l.* 1. *de leg. præſt.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *l.* 4. *de cond. & dem. l.* 64. §. *ult. ad SC. Treb.*

Uſque ad quintum gradum] Mynſing. & Pac. putant, hæc verba tantùm ad eos referenda eſſe, qui ex latere veniunt, ſed refelluntur ipſo tenore conſtitutionis, πάτρων καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, καὶ ἔγγονοι, καὶ ἀπέγγονοι τυγχάνει ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων. Additurque καὶ μόνοι, id eſt, & ſoli: nam & qui ex latere veniunt, non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum ſucceſſionem, ut mox ſubjicitur; ſed tantùm ad ſucceſſionem liberti inteſtato ſine liberis mortui uſque ad quintum gradum, nec hìc ulterius patronorum liberi, ut iterum verba oſtendunt; ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τοῦ ἀπελευθέρου.

Qui proximior eſt, &c. & in capita] *l.* 13. §. 1. *& ſeq. de bon. libert.* Ulpian. *tit.* 27. §. 1. *& ſeqq.* Nimirum hìc non quæritur de hæreditate parentum patronorum, ſed liberti: ad cujus ſucceſſionem patroni eorumque liberi non veniunt jure ſuorum hæredum, ſed agnatorum, *l.* 2. §. 1. *unde legit.*

Commentarius.

Quoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis caſibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure prætorio libertus ſine liberis decedens cogebatur ſemiſſem omnium bonorum patrono relinquere: Juſtinianus utrique juri derogavit, cauſamque ſic in ſumma definivit, ut in liberto minore centenario teſtato decedente, patronus nullum jus in ſucceſſione ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, ſive teſtatus ſive inteſtatus, tum ſi liberos reliquiſſet, & vel unum cujuſcumque ſexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, niſi forte teſtamento patris liberi eſſent exhæredati. Si verò nullos liberos reliquiſſet, ab inteſtato patronus in ſolidum ut hæres eſſet, antiquo jure patronatus integro hoc caſu ſervato: teſtamento verò facto, uti pro ſemiſſe, quem prætor patrono decreverat, trientem ſine ullo onere obtineret: atque hoc ſuccedendi jus non ſolùm ipſe patronus haberet, verùm etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus, patroni ex latere cognati uſque ad quintum gradum; ſic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille ſeſtertiis unus aureus] Juſtiniani ætate cùm multo minores eſſent hominum facultates, locupletes cenſebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cùm antea ex mille aureis hoc æſtimaretur. Hotomannus putat, tranſpoſita eſſe nomina, & pro *mille* hìc ſubſtituit *centum*, uti

paulo

Digitized by Google

paulo ante pro *centum*, *mille*, quod probat Vveſembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem ſine liberis] Quid ſi adoptivos tantum reliquerit? Hotomannus cenſet, patronum & hoc caſu lege Juſtiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus ſententia verior videtur, arg. *p. hujus tit. in fin.* & §. 1. *in pr.* item conſtitutionis Græcæ relatæ à Cujac. *lib.* 20. *obſ.* 34.

Vel mater ſive avus maternus] Quippe quorum præteritio pro exhæredatione eſt, §. *ult. ſup. de exhær. lib.* quod nec jure noviſſimo mutatum eſſe demonſtravimus *ſup. tit. de inoff. teſt. in pr.*

Ex conſtitutione noſtra repleatur] Intelligit haud dubiè conſtitutionem *l. omnimodo.* 30. *C. de inoff. teſt.* ut proinde hactenus eadem ſit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam ſeu legitimam ſine onere habere debeant, *l.* 32. *C. de inoff. teſt.* junct. *hoc text.* cùm olim legatorum & fideicommiſſorum præſtandorum onus, quæ liberis prætetitis aut exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l.* 4. *de cond. & demſt. l. ſi ejus.* 64. §. *ult. ad SC. Treb.*

Uſque ad quintum gradum] Paeius putat, hæc verba ad eos tantùm referenda eſſe, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, eum Mynſingero *ad hunc loc.* & §. 2. *inf. de bon. poſſ.* ſed refelluntur verbis conſtitutionis Græcæ relatæ apud Cujac. 20. *obſ.* 34. ac proinde nullius momenti eſt argumentum petitum ex *l. liberorum.* 220. *de verb. ſign.*

Qui proximior eſt] Si unius pluriumve patronorum plures liberi ſint diverſi gradus, qui proximior eſt, in ſucceſſione liberti præfertur; & plurium patronorum liberi non in ſtirpes, ſed in capita ſuccedunt, *l. ſi libertus.* 23. §. 1. & *ſeqq. de bon. libert.* Ulp. *tit.* 27. §. 1. & *ſeqq.* Non eſt huic contrarium, quod de liberis ſupra relatum eſt, eos parentum ſuorum locum occupare, inque ſtirpes, non in capita ſuccedere: quippe hìc non quæritur de hæreditate parentum patronorum, ſed liberti, ad cujus ſucceſſionem patroni eorumque liberi non jure ſuorum hæredum, ſed agnatorum jure veniunt, *l.* 2. §. 1. *unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Juſtinianus.

TEXTUS.

Quibus libertinis ſucceditur.

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda ſunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cùm nec ſint alii liberti; ſimul & Dedititiis & Latinis ſublatis, cùm Latinorum ſucceſſiones nullæ penitus erant: quia licet ut liberi vitam ſuam peragebant, attamen ipſo ultimo ſpiritu ſimul animam atque libertatem amittebant: & quaſi ſervorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumiſſores detinebant. Poſtea verò Senatuſconſulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumiſſoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam ſupervenit divi Trajani edictum, quod eumdem hominem, ſi invito vel ignorante patrono ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis feſtinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum verò morientem. Sed noſtra conſtitutione propter hujuſmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipſis Latinis etiam legem Juniam, & Senatuſconſultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri cenſuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibuſdam adjectionibus ipſas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam tranſpoſuimus.*

NOTÆ.

4. *Dedititiis & Latinis ſublatis*] *l. un. C. de ded. lib. toll. l. un. C. de Lat. lib. toll. v. ſup.* §. 3. *de libertin.*

COMMENTARIUS.

Olim non omnes libertini ejuſdem erant conditionis; nam eorum, qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumiſſionis, vel ætatem aut perſonam manumiſſi: quod *lib.* 1. *tit. de libertin.* latius explicatum eſt. Itaque cùm eum, quem hæredem vel ex teſtamento vel ab inteſtato habere volumus, neceſſe ſit eſſe civem Romanum, ſatis apparet, ea, quæ de jure ſuccedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta ſunt, ad Latinos & dedititios non pertinuiſſe. Quod autem Juſtinianus monet, ea quæ ipſe de eadem re conſtituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, ſublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum ſubtile eſt.

Latinorum legitimæ ſucceſſiones nullæ] Neque teſtamentariæ. Nam Latini nec teſtamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, ſicut nec ipſi hæredes eſſe. Hæc enim omnia, jus teſtamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec inteſtati Latini deceſſiſſe dici poterant, *l.* 1. *in pr. de ſuis & leg.* Libertorum verò civium Romanorum ut teſtamentariæ ita & legitimæ ſucceſſiones erant: nam eorum inteſtatorum hæreditas primum ſuis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis tamquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris in ſpecie legitima dicitur, *tit. unde legit.*

Digitized by Google

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano, patronus bona ejus, non tamquam hæreditatem, ſed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium ſervi, pater filii retinet. Unde ſi patronus cum liberis ſuis ſimul extraneos quoſdam hæredes inſtituiſſet, bona hujus liberti dividebantur communiter inter ſuos & extraneos hæredes: quemadmodum peculium ſervi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum] Id eſt, extraneis hæredibus manumiſſorum ſeu patronorum. Ut ecce: L. Titius, qui libertum Latinum habebat, deceſſit, liberis ſuis & quibuſdam extraneis hæredibus inſtitutis; moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei ſcripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatuſconſulto autem Largiano ſoli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat manifeſtè contraria tradens. Meminit Juſtinianus Senatuſconſulti Largiani in *l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum] Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus eſſet, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id eſt, ut bona ejus quaſi peculii jure ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed noſtra conſtitutione] Ea eſt *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, *l. in orbe. 17. de ſtat. hom.* ita Juſtinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Noviſſimè libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis, *Nov. 78.*

TITULUS NONUS.
DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

HIc titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum eſt, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi ſunt bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, niſi uni ex liberis libertum aſſignaverit, hoc eſt, teſtificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum eſſe velit, *l. aſſignare. 107. de verb. ſign.* hoc enim caſu is ſolus, cui facta eſt aſſignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti ſuccedit, reliquis liberis aſſignatoris excluſis, *l. 1. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

An aſſignari poſſit, & quis aſſignationis effectus.

In ſumma (quod ad bona libertorum attinet) admonendi ſumus, cenſuiſſe Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejuſdem gradus ſunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis aſſignare libertum, ut poſt mortem ejus ſolus is patronus habeatur, cui aſſignatus eſt: & cæteri liberi, qui ipſi quoque ad eadem bona, nulla aſſignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, ſed ita demum priſtinum jus recipiant, ſi is cui adſignatus eſt, deceſſerit nullis liberis relictis.

NOTÆ.

Aſſignare libertum] Agnare libertum eſt teſtificari, cujus ex liberis eum libertum eſſe velit, *l. 107. de verb ſign.* id eſt, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere. VINN. Idque conceſſum SC. ſub Claudio anno U. C. DCCXCVIII. Suillio Ruſo, & P. Oſtorio coſſ. Ipſa legitima SC. verba habes in *l. 1. pr. ff. h. t.* HEIN.

COMMENTARIUS.

L*Icere parenti*] Et quidem ſoli. Nam jus aſſignandi libertum parenti manumiſſori Senatus dedit, *d. l. 1. hoc tit.* quod tam arctè acceptum, ut liberi manumiſſoris libertum paternum, quantumvis à parente ſibi adſignatum, liberis ſuis adſignare non potuerint: cùm tamen in pleriſque aliis cauſis jure manumiſſorum cenſerentur, *l. 8. eod.*

Ita demum priſtinum jus recipiant,] Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus aſſignatione quæſitum tranſmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatuſconſulti relati apud Ulp. *d. l. 1. hoc tit. Utique ſi ex liberis quis in civitate eſſe deſiiſſet, neque ei liberi ulli eſſent, cæteris ejus liberis, qui manumiſit, perinde omnia jura ſerventur, ac ſi nihil de eo liberto eave liberta is parens ſignificaſſet.*

Digitized by Google

Textus.

De ſexu aſſignati, & de ſexu graduque ejus, cui aſſignatur.

1. *Nec tantùm libertum, ſed etiam libertam, & non tantum filio nepotive, ſed etiam filiæ neptive adſignare permittitur.*

Commentarius.

Sed etiam libertam] Hoc ex ipſis verbis Senatuſconſulti planum eſt: quippe quo perpetuo tam libertæ, quàm liberti ſit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur, *ſi quis liberos in poteſtate haberet*, ſine diſcrimine ſexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptivæ, quàm filio vel nepoti aſſignari poſse, intellectum eſt. Quin etiam præferri poſse filio nepotem adſignatoris, *l. 3. §. 1. hoc tit.* quippe cùm hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adſignatoris in poteſtate ſint, non etiam ut ſint ſui hæredes. Perperam hæc omiſit Theoph.

Textus.

De liberis in poteſtate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc adſignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in poteſtate habebit, ut eis, quos in poteſtate habet, adſignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, ſi eum, cui adſignavit, poſtea emancipaverit, num evaneſcat adſignatio? Sed placuit evaneſcere: quod & Juliano & aliis pleriſque viſum eſt.*

Commentarius.

Qui duos pluresve liberos in poteſtate] Cùm adſignare nihil aliud ſit, quàm jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere, in eumque ſolum derivare, non eſt exiſtimandum, dubitatum fuiſse, an is demum adſignare poſſit, qui duos aut plures liberos habeat; aut ſi unum tantùm quis habeat, an ulla tunc eſse poſſit adſignatio: neque iſte hujus loci ſenſus eſt, ſed hic, aſſignationem tantùm poſse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus, in poteſtate conſtitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatuſconſultum idem jus adſignatione contractum finibus familiæ concluſit: idque ipſa verba Senatuſconſulti indicant, & hic ipſe locus.

Placuit evaneſcere] Non tantùm emancipato facta adſignatio nulla eſt, ſed etiam facta ei, qui in poteſtate erat, emancipatione ejus evaneſcit; congruit *l. 1. in fin. eod.* De eo dubitatum, an ſi præter emancipatum duo exiſtant in poteſtate, poſſit hoc caſu patronus non tantùm uni ex his, qui in poteſtate ſunt, ſed ſimul etiam emancipato adſignare. Sed Modeſtinus reſpondit, magis eſse ut poſſit. Igitur quod per ſe non haberet emancipatus, id per conjunctam perſonam conſequitur, ut in ſpecie *l. 9 eod. l. ult. de lib & poſt.* Quod ſi unus tantùm ſit in poteſtate, alter emancipatus, & utrique libertus adſignetur, quæ adſignatio in perſona ejus, qui in poteſtate eſt, nulla eſt, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita cenſeo cum Cujac. Vinn. Ego cum Em. Merill. *Obſ. lib. 7. c. 13.* ita conciliare malim textus, quod poſſit pater & emancipato libertum aſſignare, per ea, quæ tradit Modeſtinus *l. 9. ff. h. t.* ſi tamen ſuo adſignarit, cumque poſtea emanciparit, exſpirare aſſignationem, per *§. 2. Inſt. h. t.* quia pater, dum emancipat, mutaſse voluntatem cenſeatur. Hein.

Textus.

Quibus modis aut verbis aſſignatio fit: & de Senatuſconſulto.

3. *Nec intereſt, an teſtamento quis adſignet, an ſine teſtamento, ſed etiam quibuſcumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipſo SC. quod Claudianis temporibus factum eſt, Sabellio Rufo, & Aſterio Scapula Conſulibus.*

Commentarius.

Adſignari libertus poteſt & teſtamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis cauſa, quibuſcumque verbis, epiſtola, chirographo, purè, ſub conditione; denique nutu etiam, *l. 1. §. 3. l. 7. eod.* quod procul dubio ex verbo *ſignificaſset*, quo Senatus utitur, ſumptum eſt; & ideo ait Juſtinianus, hoc patronis facere permiſsum ex ipſo Senatuſconſulto.

Titu-

TITULUS DECIMUS.

DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

Ratio ordinis : bonorum poſſeſſio quid : argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per univetſitatem modis, propoſitis §. *ult. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* primus & præcipuus expoſitus eſt, ſcilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure civili tum teſtamento rum ab inteſtato delatæ. Succedit nunc ſpecies acquiſitionis ejuſdem generis ſecunda, ſeu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ eſt ex jure præforio per bonorum poſſeſſionem; de qua hoc titulo ex profeſso nunc Imperator tractat. Nam quod ſubinde etiam ſupra de jure prætorio diſputatum eſt, id factum per occaſionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum poſseſſio finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* eſt jus perſequendi retinendive patrimonii, ſive rei, quæ cujuſque, cum moritur, fuit. Non ergo bonorum poſseſſio hìc accipitur, uti poſseſſio illa rerum ſingulatum, quæ facti eſt, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poſs.* ſed tota juris eſt, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quàm hæreditas, *d. l. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur.* unde Græcis dicitur [illegible] [illegible]. Tantùm in tempore & modo acquirendi diverſitas eſt. De fine bonorum poſseſſionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hìc exponitur; deinde ſpecies ejus eo ordine, quo edicto propoſitæ fuerunt, recenſentur, ac mox quibuſdam remotis quædam tranſponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum poſseſſionis petendæ.

TEXTUS.

Cur introductæ bonorum poſſeſſiones; & quis ſit earum effectus.

Jus bonorum poſſeſſionis introductum eſt à pratore emendandi veteris juris gratia. Nec ſolum in inteſtatorum hereditatibus vetus jus eo modo prator emendavit, ſicut ſupra dictum eſt, ſed in eorum quoque, qui teſtamento facto deceſſerint. Nam ſi alienus poſthumus heres fuerit inſtitutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cùm inſtitutio non valebat; honorario tamen jure bonorum poſſeſſor efficiebatur: videlicet cum à pratore adjuvabatur. Sed & is à noſtra conſtitutione hodie rectè heres inſtituitur, quaſi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, ſed magis confirmandi gratia, prator pollicetur bonorum poſſeſſionem. Nam illis quoque, qui rectè teſtamento facto heredes inſtituti ſunt, dat ſecundum tabulas bonorum poſſeſſionem. Item ab inteſtato ſuos heredes & agnatos ad bonorum poſſeſſionem vocat: Sed & remota quoque bonorum poſſeſſione ad eos pertinet hereditas jure civili. Quos autem ſolus prator vocat ad hereditatem, heredes quidem ipſo jure non fiunt: nam prator heredem facere non poteſt; per legem enim tantùm, vel ſimilem juris conſtitutionem heredes fiunt, vel per Senatuſconſulta, & conſtitutiones principales: ſed cùm eis prator dat bonorum poſſeſſionem, loco heredum conſtituuntur, & vocantur bonorum poſſeſſores. Adhuc autem & alios complures gradus prator fecit in bonorum poſſeſſionibus dandis, dum id agebat, ne quis ſine ſucceſſore moreretur. Nam anguſtiſſimis finibus conſtitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum prator ex bono & aquo dilatavit.

NOTÆ.

Bonorum poſſeſſionis] Hæc ſecunda ſpecies eſt acquiſitionis per univerſitatem earum quatuor, quæ propoſitæ *ſup. §. ult. per quas perſ.* Bonorum poſſeſſio vi ipſa nihil aliud eſt, quàm hæreditas, *l. 2. & 3. hoc tit. l. 117. de reg. jur.* Græci [illegible] appellant, & [illegible] διαδοχήν.

A noſtra conſtitutione] Hæc conſtitutio non extat, fac. *d. §. 26. ſup. de legat.*

Ipſo jure non fiunt] Ipſo jure hic idem valet quod jure civili, ut & alibi, *§. 11. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. uſuſf. qu. cav.* Igitur hæredes ipſo jure non fiunt, id eſt, non fiunt jure civili hæredes, etſi adeant hæreditatem, aut pro hærede gerant. Alio ſenſu ſui dicuntur ipſo jure hæredes exiſtere.

Per Senatuſconſulta] *l. 9. d. tit. ſup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

Conſtitutiones Principum] Exemplum habes *§. 3. & 4. ſup. de leg. agn. ſucc. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

Alios complures gradus] Id eſt, ordines, *τάξεις*, ut ſæpe alibi, *l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poſſ.*

Ex bono & æquo] Nam prætor & alios ſucceſſorum ordines fecit, & ordinum graduumque ſucceſſionem admiſit *tit. de ſucceſſ. edict.*

Commentarius.

1 *Quomodo prætor circa ſucceſſiones jus vetus emendarit?*

2 *Quænam bonorum poſſeſſiones juris civilis confirmandi gratia introductæ? & quàm utiliter?*

3 *Qui jure civili ſuccedere poſſunt, ſi malint honorario, hæredes, an bonorum poſſeſſores efficiantur?*

4 *Cur prætor hæredem facere non poſſit?*

5 *Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure prætorio dominium rerum ſingularum conſequi: quod à pleriſque minus bene perceptum.*

6 *Scopus prætoris in introducendis bonorum poſſeſſionibus.*

E*Mendandi juris veteris gratia*] Supra diximus, legem 12. tabb. ſucceſſiones ab inteſtato ram anguſtis finibus concluſiſſe, ut intra ſuorum hæredum & agnatorum ordinem conſiſteret. Poſtea verò multas perſonas, tum inter ſuos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, Senatuſconſultis, conſtitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem feciſſe, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc ſi-
1 gnificat Juſtinianus, cùm ait, prætorem bonorum poſſeſſiones introduxiſſe emendandi juris veteris cauſa. Emendavit enim, laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatiſque ad ſucceſſionem viam aperuit. Ajo, jure civili neglectos, nam capere nominatim prohibitis prætor non ſuccurrit, ne directo, quod non poteſt, contra leges faciat, *l. non eſt.* 12. *§.* 2. *hoc tit. l.* 12. *§.* 4. *de pub. in rem act.* Simili quoque correctione & quadam velut impugnatione juris civilis uſus eſt prætor & in hæreditatibus eorum qui teſtati deceſſerunt, dando bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas poſthumis alienis hæredibus inſtitutis, *l.* 3. *ſec. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, *§. eadem.* 12. *ſup. de hær. quæ ab int. def.*

Si alienus poſthumus] Quis dicatur ſuus, quis alienus poſthumus; item cur alienus poſthumus jure civili hæres inſtitui non potuerit, neque legatum capere, diligenter expoſuimus *lib.* 2. *ſub tit. de legat. §. poſthumo.* 26. add. & quæ ſub. *§.* 2. *ſup. de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum poſſeſſor] *d. l.* 3. *ſec. tab. l.* 6. *de inoff. teſt.* Atque ad effectum hujus juris & ſimul inſtitutionis & legati reſpiciens dixit alibi, poſthumum alienum etiam olim hæredem inſtitui potuiſſe, *§. poſthumus.* 28. *ſup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait, quaſdam
2 bonorum poſſeſſiones à prætore etiam confirmandi, id eſt, adjuvandi juris veteris gratia introductas; idque declarat duplici ſpecie bonorum poſſeſſionis: quarum una ex teſtamento ſecundum tabulas, quam etiam rectè inſtitutis hæredibus prætor pollicetur; altera ab inteſtato; eaque item duplex, unde liberi, & unde legitimi, quarum ad illam etiam ſuos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure cenſentur, invitet.

Hæredes inſtituti] Hæredi teſtamento rectè inſtituto ſcimus neceſſariam non eſſe bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, cùm adita hæreditate jure civili hæres fiat. Exiſtimo etiam, prætorem ab initio bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas jure civili ſcriptas perfectaſque pollicitum non eſſe, ſed ſecundum eas dumtaxat, quæ ipſius inſtituto ſcriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo ſolo hæreditas defertur, ignorabat, hoc eſt, quæ ſeptem teſtium ſignis erant obſignatæ, *l.* 2. *C. ſec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel teſtamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulpian. *tit.* 23. *§. ſi ſeptem.* 6. *& tit.* 28. *§ etiamſi.* 6. *l poſthum.* 12. *de injuſt. rupt. irrit. §. non tamen.* 6. *ſup. quib. mod. teſt. infirm.* Cæterum progreſſu temporis jus prætorium creviſſe, inoleviſſeque, ut etiam qui rectè hæredes inſtituti erant, aliique, qui jure civili hæreditatem adeundo conſequi poterant, ad majorem eautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum *l.* 1. *quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum poſſeſſoribus, quàm cum hæredibus, *l.* 3. *§. acquirere.* 7. *hoc tit. l.* 1. *& ult. qui adm. ad bon. poſſ.* bonorum poſſeſſionem peterent: edictumque poſtea plenius conceptum. Hotomannus putat, per bonorum poſſeſſionem etiam acquiri poſſeſſionem ipſarum rerum, qui manifeſtus error eſt: non enim magis agnaſcendo bonorum poſſeſſionem rerum ſingularum poſſeſſionem adipiſcimur, quàm adeundo hæreditatem, *l.* 3. *pr. §.* 1. *&* 2. *hoc tit.* junct. *l. cum hær.* 23. *de acq. poſſ.* Sed & ſi quis res defuncti corporaliter poſſideat, eum tamen neceſſe eſt bonorum poſſeſſionem à prætore obtinere, ut in naturali rerum ſingularum poſſeſſione defendatur. Vueſemb. *par. hoc tit. num.* 8. D. Diod. Tulden. *in comm. hic cap.* 1.

Suos hæredes & agnatos] Suos hæredes ad bonorum poſſeſſionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum poſſeſſionem *unde legitimi*. Licet enim his bonorum poſſeſſio non ſit neceſſaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adſpectu principalis ſcopi bonorum poſſeſſio unde liberi comparata ſit emendandi juris civilis gratia, ſuccurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoſcit, *§. emancipati.* 9. *ſup. de hær. quæ ab int.* tamen ſuos etiam hæredes prætor edicto complexus eſt, *l.* 1 *unde liberi.* & agnatos quoque & cæteras perſonas legitimas vocavit *tit. unde legitimi*: ne quod iis conceſſerat, quos ſolus ipſe vocat, denegaſſe illis videretur, quos vocat potentior; inque eo juris civilis ſe adju-

adjutorem præbuit. Οὐκ ἔστι δυσχερὴς ὁ πραίτωρ, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ὁ πραιτώριος νόμος φιλαγαθώτερος, *jus prætorium humanius eſt*. Hinc illuſtratur *l. 7. §. 1. de juſt. & jur. & §. prætorum. 7. ſup. de jur. nat. gent. & civil.*

3 *Solus vocat prætor*] Quid ergo ſi quis teſtamento hæres inſtitutus aut agnatus proximus inteſtati, quos ſolus prætor non vocat, ſed quibus liberum eſt vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum poſſeſſionem accipere, *l. 2. §. ſi duo. 8. ſec. tab.* hoc, quàm illo jure, ſuccedere maluerint? Hos etiam non hæredes, ſed bonorum poſſeſſores effici, ac proinde non directis, ſed utilibus actionibus uſuros rectè cenſet Jo. Fab. Quin amplius, nec ſuum hæredem, qui ſecundum tabulas aut unde liberi accepit, exiſtimo alias, quàm utiles & prætorias actiones exerciturum; directaſque, quæ apud eum remanent; quia ipſo jure hæres extitit, eſſe ſine effectu, *arg. l. 7. §. ſed quod Papinianus. 10. de minorib. l. ei qui. 88. de hær. inſtit.*

4 *Prætor hæredem facere non poteſt*] Hæredem facere eſt juſtum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod ſolius legis eſt, utpote quæ rebus omnium tamquam regina & domina præſidet, *l. 2. de legibus*, aut ejus, qui ſimilem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit Senatus, uti docet *l. non ambigitur. 9. de legib* & oſtendunt Senatuſconſulta Tertyllianum & Orficianum: non prætoris, qui nudus fuit magiſtratus αὐθεντῶν non νομοθετῶν: qui tamen, tacitè conſentiente populo, hoc uſurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, ſed tamen præter rationem juris conſtituti ex æquo & bono conſtitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, vid. *nos. ſub §. prætorum. 7. ſup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum conſtituuntur] Prætor ſucceſſores ſuos, quos hæredes facere non potuit, bonorum poſſeſſores appellavit, iiſque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, immo vi ipſa ut hæredes eſſent, *l. 1. 2. 3. hoc tit.* Unde eſt, quod hæredis appellatio etiam bonorum poſſeſſori abſolutè tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque poſſeſſio venit, *l. hæreditatis. 138. de verb. ſign. l. in conditionibus. 19. §. 2. de cond. & demonſt. l. 1. §. bonorum. 7. ad Senatuſconſ. Treb. l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* Sed & paſſim noſtri bonorum poſſeſſores vocant ſucceſſores honorarios, *l. ſed & ejus. 24. §. 1. fam. erc. l. ſi ſine. 9. §. illud. 6. de interr. in jur. l. 10. ad Senatuſconſ. Vell. l. 1. §. nec non. 8. ut leg. nom. cau.*

5 Cùm ergo bonorum poſſeſſores jus hæredum conſequantur, etiam dominium eos conſequi neceſſe eſt, & quidem rerum ipſarum ſeu proprietatem ipſam, uti hoc disertè traditum eſt ab Ulp. *l. 1. hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritiarium ſeu legitimum, ſed utile ſive bonitarium, aut ſi mavis, dominium prætorium; nam bonorum poſſeſſor hæres honorarius eſt; hæres verò dominum ſignificat. Ita quem prætor ſecundo decreto in poſſeſſionem mittit, dominus etiam conſtituitur, *l. ſi finita. 15. §. Julianus. 16. & §. poſtea. 33. de damn. inf.* Perſpicuum eſt igitur, eos errare, ut leviſſimè dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum poſſeſſori, quàm rerum poſſeſſionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *l. 12. §. 1. de acq. poſſ.* immo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, niſi qui eam naturaliter apprehenderit, *l. 1. & paſſim. de acq. poſſ.* Dominii quoque poſſeſſionis, quale alii tantùm ſucceſſoribus honorariis tribuunt, merum commentum eſt. Clariſſimus D. Tuldenus ſic hæc explicat: hæreditas, inquit, quia ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, ſtatim ut adita eſt, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis inquit, bonorum poſſeſſioni; quippe quæ tantùm facultatem tribuit perſequendi. Hæc ille. At enim verò ſi rem ſpectemus, par utrique & eadem vis: nam & bonorum poſſeſſio non minus, quàm hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, ſucceſſio eſt in univerſum jus defuncti, & ipſa quoque ſimul atque admiſſa eſt, dominium jure prætorio tribuit æquè ac hæreditas jure civili; textus ſunt expreſſi & clari in *l. 1. l. 3. in pr. hoc tit.* Res hæc ideo minus rectè vulgo percepta eſt, quod in deſcribenda tum hæreditate tum bonorum poſſeſſione Juriſconſulti impropriè locuti ſunt, nec vero, ſed tropico genere uſi: nam neque hæreditas propriè ſucceſſio eſt, ut abunde demonſtravimus ſub *tit. de reb. corp. & incorp.* neque bonorum poſſeſſio poteſtas perſequendi, ſed utraque nihil aliud quàm univerſum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres ſuccedens & bonorum poſſeſſor, ille ſcilicet adeundo, hic bona apud magiſtratum amplectendo, dominium rerum ſingularum ſtatim naneiſcuntur, ille civile, hic prætorium, & conſequenter jus eas res perſequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus. VINN. Omnino rectè rem explicaſſe videtur Tuldenus. Bonorum enim poſſeſſio pertinet ad ea, quæ in jure fiunt. *L. 178. §. 2. ff de V. S.* at ſucceſſio civilis in voluntate conſiſtit, nudoque animo, verbis, vel factis declarato, adquiritur citra interpellationem magiſtratus. *l. 20. ff. de acquir. hæred.* Ita & V. C. Pagenſtech. in *Aphoriſm. Jur. lib. 3. §. 41.* HEIN.

Et alios complures gradus] Id eſt ordines: eſt enim hoc noſtris non infrequens, ut ordines ſucceſſionum ab inteſtato gradus quoque appellent, *l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in poſſ.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118. in pr.* legitur, πᾶσα ἡ τῶν γένους ἐξ ἀδιαθέτου διαδοχὴ τρισὶ γνωρίζεται τάξεσιν, reddidit, tribus cognoſcitur gradibus, id eſt, βαθμοῖς: ut nihil cauſæ videam, quamobrem hoc carpſerit Bern. Surholt. *diſſ. 11. n. 42.* Sunt autem inteſtati gradus ſeu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum poſſeſſionis propoſitus fuit, amplificare jus percipiendarum ab inteſtato hæreditatum, quod lex 12. tabb. fa- 6

Vinnius in Inſtitut.

Rr 3 ni-

Digitized by Google

miliæ finibus ita concluſerat, ut ſuos tantùm hæredes, & poſt hos, agnatos ſolos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus ſucceſſioni locum non daret, hoc eſt, ut proximo deficiente vel repudiante, inſequentis gradûs agnatos non admitteret, *§. placebat. 7 ſup. de leg. agn. ſucc.* Prætor autem & alios fecit ordines, ordinumque & graduum ſucceſſionem admiſit, *tit. de ſucceſſ. edict.*

TEXTUS.

De ſpeciebus ordinariis. Jus vetus.

1. *Sunt autem bonorum poſſeſſiones, ex teſtamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure ſcriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur ſe*cundum tabulas. *Et cùm de teſtatis prius locutus eſt, ad inteſtatos tranſitum fecit. Et primo loco ſuis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter ſuos hæredes connumerantur, dat bonorum poſſeſſionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem perſonis, quas extraneo manumiſſori præferebat. Sunt autem decem perſonæ hæ: pater, mater, avus, avia tam paterni, quàm materni: item filius, filia; nepos, neptis tam ex filio, quàm ex filia; frater ſororve conſanguinei vel uterini, Quarto cognatis proximis. Quinto* tamquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberiſque eorum & parentibus. Septimo viro & uxori. Octavo cognatis manumiſſoris.*

NOTÆ.

1. *Prima, quæ præteritis liberis*] *l. un. quis ord. in bon. poſſ.* Ulp. *tit.* 28. *vid. ſup. §. 3. de exh. lib. & D. de bon. poſſ. cont. tab.*

Decem perſonis] Ulpian. *apud Licin. Rufin. tit. 16.*

Extraneo manumiſſori] Id eſt, imaginario emptori, cui parens filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumiſſoris] *§. pen. ſup. de ſucc. libert.* Ulp. *tit.* 28. *§. 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu bonorum poſſeſſio contra tabulas dicatur eſſe ex teſtamento, cùm per eam ſuccedatur ab inteſtato? Quod à paucis obſervatum.*
2 *Cur ea primo loco in edicto propoſita?*
3 *Extraneus manumiſſor quis dicatur?*
4 *Quid per familiam ſignificetur in ea, quam prætor quinto loco propoſuit?*

HAbemus hic catalogum veterum bonorum poſſeſſionum, earumque gradus, uti quæque edicto propoſita fuit. Similis eſt apud Ulp. *tit.* 28. *§. inteſtati. 6.* Percurramus ſingula.

Ex teſtamento quidem hæ] Bonorum poſſeſſio, 1
itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut teſtamento, aut ab inteſtato. Quæ teſtamento facto competit, ea duplex eſt, *contra tabulas, & ſecundum tabulas*: quarum hæc etiam ex teſtamento eſt, ita ut per eam etiam ſuccedatur ex teſtamento: illa ex teſtamento non eſt, ne quis erret: cùm enim detur contra teſtamentum, & per eam teſtamentum oppugnetur atque evertatur, *l. 1. in pr. de legat. præſt. l. ut liberis. 17. in pr. C. de collat.* ex teſtamento eſſe dici non poteſt, neque per hanc bonorum poſſeſſionem ex teſtamento ſuccedi: ſed uti reſciſſo per inofficioſi querelam teſtamento res ad cauſam inteſtati redit, *l. 6. §. 1. l. eum qui. 21. §. 2. de inoff. teſt.* eodem modo, reſciſſo teſtamento per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab inteſtato ſuccedunt, uti diſertè ſcriptum eſt in *d. l. liberis. 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum poſſeſſionem contra tabulas dicit eſſe ex teſtamento, certum eſt, id impropriè atque abuſivè ab eo dici, nec alio ſenſu quàm quod ea locum non habeat, niſi defunctus teſtamento facto deceſſerit: atque ob hanc ſolam cauſam contra tabulas bonorum poſſeſſio opponitur ſucceſſioni inteſtati, meræ ſcilicet illi, ſeu cùm nullæ tabulæ factæ ſunt, *l. 1. in pr. & §. rectè autem. 5. unde lib. l. 4. C. de collat.* non, inquam, ut ſucceſſio ex teſtamento, ſed ejus, qui facto teſtamento deceſſit. Quod idcirco monendum fuit, quia à paucis obſervatum.

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum poſſeſſio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, *π. & C. de bon. poſſ. cont. tabul.* quæ ſpecies à nobis expoſita eſt ſub *§. eadem. 12. de hær. quæ ab int. & §. 3. ſup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ ſpecies bonorum poſſeſſionis contra tabulas, veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, *§. 1. ſup. de ſucceſſ. libert.* item quæ datur patri adverſus tabulas filii, quem emancipavit, *l. 1. ſi à parent. quis man.*

Secundum tabulas] Quod ſi hæres non ſcriptus teſtamento, ſed nuncupatus ſit; datur ſecundum nuncupationem, *l. 2. C. de bon. poſſ. ſec. tab.* Datur, ſi modo tabulæ rectè factæ ſint. Enim verò prætor non omnes hic ſolemnitates juris civilis deſiderat, ſed hoc tantùm requirit, ut ſeptem teſtium ſignis tabulæ ſignatæ ſint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quàm ſi teſtator voluntatem ſuam ritè declaraverit. Illa autem contra tabulas & in edicto & hic primo loco propoſita eſt, quoniam, ſi eo 2
teſtamento, de quo agitur, liberi defuncti præteriti ſint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante ad ſcriptos hæredes pervenitur, quàm liberi bonorum poſſeſſione contra tabulas excluſi ſint, *l. 2. in pr. ſec. tab.* Quod ſi ſcripti præmatu-

Digitized by Google

maturè ſecundum tabulas impetrarint, ea ſine re futura eſt, ſi liberi poſtea ſuo jure utantur. De quo plura ſcripſimus ſub *tit. de exhæred. lib. ad calcem pr.*

Unde liberi] Patre inteſtato mortuo datur liberis bonorum poſſeſſio, quæ *unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. *emancipati. 9. ſup. de hær. quæ ab int.* ſed interim tamen & ſuis hæredibus edicto propoſita, *l. 1. §. liberos. 6. unde lib.*

Secundo legitimis hæredibus] Quæ dicitur *unde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut Senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatuſconſulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, *l. 2. §. ult. l. 3. unde legit.* vid. *ſup. de leg. agn. ſucc. & 2. tit. ſeqq.*

Tertio decem perſonis, quas extraneo manumiſſo-
3 *ri*] Extraneus manumiſſor patri manumiſſori opponitur. Eſt autem extraneus manumiſſor emptor ille imaginarius ſeu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum ſibi, ter ipſe manumiſit, nullo fiduciæ pacto interpoſito, ut poſt tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tamquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluſo patre naturali cæteriſque perſonis, quæ hìc enumerantur: videſis quæ *ſup. §. ult. de leg. agn. ſucc. & ſub §. præterea. 6. quibus mod. jus pat. pot. ſolv.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum poſſeſſionem intelligit Modeſtin. *l. ſi ad patrem. 10. de ſuis & legit.* Ait *decem perſonis*. Totidem eædemque perſonæ præferuntur fiſcō in iis, quæ à viro relicta ſunt mulieri, ſi eum non eluxerit, *l. 1. C. de ſec. nupt.* VINN. Parum accuratè extraneus manumiſſor, vel emptor filii imaginarius adpellatur *pater fiduciarius*. Si enim vel maximè fateamur, id vocabulum eſſe genuinum & antiquum; non prius tamen illud emptori dari potuit, quàm interpoſita fiducia, id eſt contractu de filio tertium ſibi mancipato patri naturali remancipandò. Hìc autem agitur de filii emptore, qui nullam contraxerat fiduciam, adeoque filium ſibi mancipatum non patri remancipaverat, ſed eum ipſe manumiſerat, & eo ipſo ſibi adquiſiverat jura patronatus. HEIN.

4 *Quinto tamquam ex familia*] Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia*. Alii aliter. Puto autem, familiam ſignificari patroni, id eſt, hac bonorum poſſeſſione vocari patroni agnatos. Certè hos etiam ad ſucceſſionem liberti admiſſos fuiſſe conſtat, *l. 3. §. utique. 9 de ſuis & leg. l. liberto. 17. de bon. libert.* ut vero non ſit ſimile, eos hìc eſſe omiſſos. Nec me movet, quod hac explicatione admiſſa, invertitur ordo ſuccedendi, cùm patronus familia ſua ſit potior. Nam Tribonianus, cui propoſitum fuit tollere bonorum liberti poſſeſſiones, neceſſe non habuit accuratè ordinem obſervare; quod fortaſſis nec ipſe prætor fecit. Quod ſi hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quaſi agnati. Ut verbi cauſa; ſi alter ex duobus fratribus manumiſſis filium genuerit, hic filius tamquam agnatus ad patrui ſui bonorum poſſeſſionem admittatur. Sed vix eſt, ut hoc obtinuiſſe credam; cùm utique tales perſonæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronæque] Qui etiam in ſecundo ordine ex edicto unde legitimi venire poſſunt, *l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.* VINN. Patronus hìc vocatur, ſi forte tempore, vel repudiatione effectum eſſet, ut ex præcedentibus edicti partibus venire non poſſet. Ita & Theophil. *ad h.* §. Conf. V. C. Ant. Schulting. *ad* Ulpian. *tit. 28. §. 7. p. 613.* HEIN.

Septimo viro & uxori] Hæc ſeptima bonorum poſſeſſio, *unde vir & uxor* dicta, viro & uxori defertur, excluſo fiſco, qui alioqui bona vacantia occuparet, *l. un. π. & C. unde vir & ux.*

Octavo cognatis manumiſſoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, prætorem etiam ſeparatim de bonorum poſſeſſionibus libertorum edixiſſe, eaſque ſimiliter ut ingenuorum propoſuiſſe tribus diſtinctis ordinibus, quorum in primo promiſerit patronis eorumque liberis & parentibus, in ſecundo quaſi agnatis eorum, in tertio cognatis. VINN. Quæ conjectura Bachovii præſidium reperit in Baſil. *Tom. 6. p. 595.* Vid. Schulting. *ibid.* HEIN.

TEXTUS.

Jus Novum.

2. *Sed eas quidem prætoria introduxit juriſdictio; à nobis tamen nihil incurioſum prætermiſſum eſt; ſed noſtris conſtitutionibus omnia corrigentes*, contra tabulas *quidem*, & ſecundum tabulas *bonorum poſſeſſiones admiſimus, utpote neceſſarias conſtitutas: nec non ab inteſtato*, unde liberi & unde legitimi, *bonorum poſſeſſiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco poſita fuerat, id eſt*, unde decem perſonæ, *eam pio propoſito & compendioſo ſermone ſupervacuam oſtendimus. Cùm enim privata bonorum poſſeſſio decem perſonas præponebat extraneo manumiſſori; noſtra conſtitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eiſdemque manumiſſoribus, contracta fiducia, manumiſſionem facere dedit; ut ipſa manumiſſio eorum hoc in ſe habeat privilegium, & ſupervacua fiat ſupradicta bonorum poſſeſſio. Sublata igitur prædicta quinta bonorum poſſeſſione in gradum ejus ſextam antea bonorum poſſeſſionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cùmque antea fuerat ſeptimo loco bonorum poſſeſſio*, tamquam ex familia: *& octavo*, unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum,

utramque per conſtitutionem noſtram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cùm enim ad ſimilitudinem ſucceſſionis ingenuorum libertinorum ſucceſſiones poſuerimus, quas uſque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut ſit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, ſufficit eis tam contra tabulas *bonorum poſſeſſio, quàm* unde legitimi *&* unde cognati, *ex quibus poſſunt ſua jura vindicare, omni ſcrupuloſitate & inextricabili errore iſtarum duarum bonorum poſſeſſionum reſoluto. Aliam verò bonorum poſſeſſionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum poſſeſſiones poſita fuerat, & in ſuo vigore ſervavimus, & altiore loco, id eſt, ſexto eam poſuimus: decima quoque veteri bonorum poſſeſſione, quæ erat* unde cognati manumiſſoris, *propter cauſas enumeratas meritò ſublata, ut ſex tantummodo bonorum poſſeſſiones ordinariæ permaneant, ſuo vigore pollentes.*

NOTÆ.

2. *Noſtra conſtitutio*] Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *ſup. §. 6. quib. mod. jus pat. pot.*

Uſque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quàm ex tranſverſo conjunctorum, ut rectè Cujac. & verba conſtitutionis oſtendunt, *d. §. 3. de ſucc. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynſing. Pacius *in margine*.

COMMENTARIUS.

1 *Ex bonorum poſſeſſionibus retentis, primæ quatuor quando neceſſariæ, quando utiles tantum?*

2 *Hodie nulla harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati neceſſariam eſſe: & vix ullam earum utilem.*

3 *Septima & octava quare ſublatæ? Ubi quædam illuſtrantur ex conſtitutione Græca.*

4 *Solam unde vir & uxor jure noviſſimo neceſſariam.*

HOc §. removet quaſdam ſpecies ex iis, quæ præcedenti §. recenſitæ ſunt, atque in earum locum quaſdam tranſponit, quas ſervat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum poſſeſſiones, tam quæ teſtamento facto competunt, quàm quæ ab inteſtato, quas modo ſeparatim & diſtinctè conſideravit. Unde fit, ut verbi cauſa, bonorum poſſeſſio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hic ſexta numeretur.

Utpote neceſſarias] Ait, ſe quatuor primas bonorum poſſeſſiones, nempe *contra tabulas, ſecundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi*, retinuiſſe; utpote quarum uſus ſit neceſſarius, aut
1 certè, quod intelligendum eſt, utilis. Equidem bonorum poſſeſſio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino neceſſaria erat: quippe qui jure civili pro extraneis habiti; adeoque adhuc hodie eſt, ut defendimus *ſup. ad pr. & §. 2. de inoff. teſt.* ſuis verò hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc eſt neceſſaria. *Secundum tabulas* neceſſaria olim poſthumo alieno hæredi inſtituto, nunc non eſt, *ſup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus teſtamento facto ſcriptis nec olim, nec nunc neceſſaria, ſed utilis dumtaxat: neceſſaria tamen, ſi quid ſolemnitatis jure civili requiſitæ deſit. Cæterum tunc ſæpe ſine re aut effectu eſt, proximis ab inteſtato hæreditatem evincentibus. Ulp. *tit. 28. §. ult. Unde liberi* non neceſſaria ſuis hæredibus: quippe qui ipſo jure hæredes exiſtunt: neceſſaria emancipatis; at hodie ne illis quidem. Nam cùm noviſſima Juſtiniani lege idem jus in ſucceſſione ab inteſtato emancipatis tributum ſit, quod ſui habent, *Nov.* 118. certè prætoris auxilio non amplius indigent, quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem neceſſaria illis ſit aditio. Sed neque bonorum poſſeſſio *unde legitimi* neceſſaria. Quippe cùm agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ perſonæ ex Senatuſconſultis aut conſtitutionibus, quibus jus agnationis iis datum eſt, ſuccedere poſſint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ ſucceſſionis data non legimus. Hodie hæc ſpecies una ferè eſt cum *unde cognati*.

Unde decem perſonæ] Hanc bonorum poſſeſſionem ſponte evaneſcere neceſſe fuit, nullumque ejus uſum relinqui, ex quo extranei manumiſſores, quibus ea decem memoratas perſonas præponebat, eſſe deſierunt. Deſierunt autem, poſtquam Juſtinianus emancipationem fieri voluit ſola profeſſione patris, apud competentem magiſtratum denunciantis, ſe filium de manu ſua ac poteſtate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumiſſionum ritu ſublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* Nam ex eo tempore non alius, quàm pater naturalis filii emancipati manumiſſor exiſtere potuit. Ceſſante igitur bonorum poſſeſſione *unde decem perſonæ*, locum ejus occupare juſſit bonorum poſſeſſionem *unde cognati*, quæ olim neceſſaria, hodie non eſt poſt juris agnatorum & cognatorum confuſionem, *Nov.* 118. Itaque
tres illæ bonorum poſſeſſiones, *unde liberi, unde* 2
legitimi, unde cognati, nullam neceſſitatem immo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine ſuccedentium, ſublataque veteri ſexus, familiæ, agnationiſque prærogativa. Atque in hoc omnes ferè conſentiunt. Chriſtin. *vol. 4. dec. 1.*

Tamquam ex familia, & unde patroni] Ait, ſe
haſce duas bonorum poſſeſſiones, *tamquam ex* 3
familia, & unde patroni, liberique & parentes eorum, ſuſtuliſſe conſtitutione ſua de jure patronatus. Hæc eſt eadem illa Græca conſtitutio, cujus ſuperius quoque aliquoties meminit, & qua totam ſe cauſam ſucceſſionis libertorum plenè definiviſſe teſtatur, *§. 3. de ſucc. libert.* Non extat conſtitutio, ſed epitomem ejus nobis ex Baſilicis repræſentat Cujacius *lib. 20. obſ. 34.*

Ad ſimilitudinem ſucceſſionis ingenuorum] Hujus loci non hæc ſententia eſt, Juſtinianum in ſucceſſione libertorum inter ſe, aut in ſucceſſione cognatorum liberti (agnatos, ut ſæpius jam dictum eſt, liberti nullos habent) eadem jura conſtituiſſe, quæ in ſucceſſione ingenuorum: ſed hæc voluiſſe ſimili ratione, patronum ejuſque liberos, parentes, agnatoſque & cognatos ſuccedere liberto, qua ſucceditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox ſubjiciuntur, liquet. Ita quoque ſupra *d.* §. 3. *in fin. de ſucc. libert.* ait, ſe bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus feciſſe; cùm tamen ibi tantùm definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati ſuccedant libertis.

Uſque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quàm agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod oſtendit ipſa conſtitutio, in qua hæc legimus, *ἕως δὲ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος, καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν τὸν ἀπελεύθερον*. Falluntur igitur Mynſing. & Pacius, dum verba textus reſtringunt ad eos, qui ex tranſverſo patrono juncti. In ſumma, hanc differentiam Juſtinianus eſſe voluit ingenuitatis & libertinitatis in ſucceſſionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni conſiſterent, *d.* §. 3. *de ſucc. libert.* in cujus §. fine ob hanc cauſam particula (*pæne*) addita eſt.

Sufficit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens teſtamento ſuo patronum præteriiſſet, aut minus parte dimidia bonorum reliquiſſet, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum poſſeſſio, §. 1. *d. tit. de ſucc. libert.* Juſtinianus pro dimidia tertiæ tantùm partis dari voluit, *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum ſucceſſionem admittuntur ſoli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt: Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem conſtitutione expreſſum eſt: ſic enim definit, ut in propoſito tertiæ partis bonorum poſſeſſionem petere poſſint, *ὁ πάτρων καὶ πατρώνισσα καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τῶν πατρώνων καὶ μόνοι. οἱ περαιτέρω αὐτῶν κατιόντες, ἢ ἐκ πλαγίου, οὐκ ἔχουσιν τὴν ἐναντίωσιν τῆς διαθήκης*, &c.

Unde legitimi, & unde cognati] Itaque, liberto inteſtato ſine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex iſtis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor] Hanc ſervatam Juſtinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere juſſit. Eſt inter eas, quæ ab inteſtato promittuntur, ſola etiam nunc neceſſaria. Illa alia ſucceſſionis ſpecies eſt, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea. C. unde vir. & ux.*

Unde cognati manumiſſoris] Quippe quibus ſufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum eſt, Igitur ſuſtulit Juſtinianus tres illas bonorum poſſeſſiones, quæ patrono ejuſque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejuſdem cognatis dabatur.

Sex bonorum poſſeſſiones ordinariæ] Duæ facto teſtamento, *contra tabulas* & *ſecundum tabulas*, quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati*, & *unde vir & uxor*. Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l.* 1. *quis ord. in poſſ.* §. *cum igitur.* 4. *inf. hoc tit.* quæ ſequuntur, ſunt extraordinariæ.

Textus.

Species extraordinaria.

3. *Septima eas ſecuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Noviſſimè etiam promittitur edicto iis etiam bonorum poſſeſſio, quibus ut detur, lege, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione comprehenſum eſt: quam neque bonorum poſſeſſionibus; quæ ab inteſtato veniunt, neque iis, quæ ex teſtamento ſunt, prætor ſtabili jure connumeravit; ſed quaſi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, ſcilicet iis, qui ex legibus, Senatuſconſultis, conſtitutionibuſve principum, ex novo jure, vel ex teſtamento, vel ab inteſtato veniunt.*

Notæ.

3. *Lege vel SCto*] *l. un. D. ut ex legib. SCtis vel conſtit. bon. poſſ.* Diſtinguitur etiam bonorum poſſeſſio in edictalem & decretalem, *l.* 1. §. 7. *de ſucc. edict. l.* 1. §. 4. *unde lib. l.* 30. §. 1. *de acquir. hær.* illa ex ipſo edicto ſine decreto aut cauſæ-cognitione poſtulanti datur, ac proinde de plano peti poteſt, quales natura ſua omnes ordinariæ: hæc non ex ſolo edicto, ſed interveniente decreto, &c. decernitur, *l.* 2. §. 1. *quis ordo in bon. poſſ. l.* 3. §. *pen. h. t.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ, *l.* 1. & *paſſ. de Carbon. edict. l.* 84. *de ac. hær. l.* 14. §. *ult. cont. tab.*

Commentarius.

1 *Extraordinariarum bonorum poſſeſſionum quaſdam eſſe definitas, quaſdam indefinitas: atque utriuſque ſpeciei exempla.*

2 *Bonorum poſſeſſionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, eſſe ſpecies revera oppoſitas, contra comm.*

Præter ſex illas bonorum poſſeſſiones ordinarias, quas ſic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certiſque perſonis, tum teſtamento facto, tum ab inteſtato deferuntur, haud ſecus ac ex legibus hæreditas, ſunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum

tum

1 tum illum ordinem quibuſdam accommodantur. Harum autem quædam definitæ ſunt, hoc eſt, ſemel certis caſibus ac perſonis propoſitæ, his ipſis, cauſa cognita, decernuntur: cujuſmodi eſt ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poſſ. mit.* Item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius eſſe negatur, dilato ſtatus judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & paſſ. de Carb. edict.* hæc expreſsè ordinariæ, opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. ſi quis. 3. de legat. præſt.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex cauſis, prout res & æquitas exigit, à prætore decernuntur. Huc pertinent ſpecies propoſitæ in *l. ventre. 84. de acq. hær. l. 4 §. ult. cum l. ſeq. l. ſi duobus. 14. §. ult. cont. tab. l. ſi infanti. 18. C. de jur. delib. l. 2. §. ſi quis. 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam poſſeſſionem præparatoriam querelæ inofficioſi teſtamenti, quæ litis ordinandæ cauſa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. teſtam.* Pertinet huc & ea bonorum poſſeſſio, quæ lege uti detur, Senatuſve conſulto, aut conſtitutione cautum eſt, *l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legib.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatuſconſulto Aproniano, profert Scipio Gentil. *1. de juriſdict. 26. argum. §. 2. ſup. de ſucc. libert. l. omnibus. 26. ad Senatuſc. Treb. l. 4. C. de poſtlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex conſtitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum poſſeſſio defertur cognatis militis uſque ad quintum gradum, *l. 2. de veter. ſucceſſ. l. 6. §. ſed & 6. de injuſt. rupt. teſt.* Hotomannus item aliud ex ejuſdem Imperatoris conſtitutione, qua in ſpecie *l. poſthumus. 12. d. tit.* ſcriptis hæredibus defertur bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui ſine re futura erat. Permiſcentur autem hæ bonorum poſſeſſiones per omnes ſuperiores ordines, verbi cauſa, Carboniana datur impuberi, cui controverſia fit, an ſit ex liberis, ſi præteritus eſt, contra tabulas: ſi inſtitutus, ſecundum tabulas: ab inteſtato, unde liberi, *l. 1. & l. 2. de Carbon. edict.* In libris noſtris bonorum poſſeſſio ſic etiam diſtinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1. §. decretalis. 7. de ſucc. edict. l. 1. §. ſed & 4. unde lib. l. cum quidam. 30. §. 1. de acq. hær.* Doctores vulgo exiſtimant, non eſſe hæc nomina diverſarum ſpecierum, ſed attributa tantùm; quibus una eademque ſpecie bonorum poſſeſſio diſtinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto prætoris morrui, ut loquuntur, competit decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur; ſeu eamdem bonorum poſſeſſionem, quæ edictalis vocatur, quatenus conſideratur, ut edicto propoſita & promiſſa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita poſt Accurſ. Cyn. Bart. alioſque veteres interpretes, Sichard. *ad rub. C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. num. 10. & ſeqq.* Schneid. *in §. ſeq. num. 7.* Mynſ. *hic ad rubr. num. 10.* Menoch. *rem. 1. adipiſc. poſſ. num. 10. & ſeqq.* Graſſ. *§. bon. poſſeſſio. quæſt. 3.* Tulden. *comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed videamus, an non, quod magis 2
arbitror, ſint revera hæ diſtinctæ & oppoſitæ ſpecies, & falſa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinariæ extraordinariæ, *l. 3. §. hæc autem. 14. & ſeq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præſt.* Deinde quod Juriſconſultus ſcribit, conceſſione Carbonianæ poſſeſſionis non impediri edictalem, *d. l. 1. §. 4. unde lib.* & quod huic ſimile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum, qui ſe filium dicit, non ſolùm Carbonianam poſſeſſionem accipere debere, verùm etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expreſsè opponitur ei, quæ de plano agnoſcitur, *l. 2. §. 1. quis ordo in bon. poſſ.* Quarto quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id eſt, quibus qualiſcumque magiſtratus copia fuit, in decretali tantùm dies ſeſſionum, ut utiles, computentur, *d. l. 2. §. 1.* Quinto, quod decretalis cum effectu propriè non intelligitur delata, antequam decreta eſt: cui conſequens eſt, quod nec repudiari poſſit, *d. l. §. decretalis. 7. de ſucc. edict.* at in edictali tempora delationis & acquiſitionis diſtincta ſunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari poteſt, *d. l. 1. §. 1. & §. qui ſemel. 6. l. in plurium. 70. de acq. hær.* Hæc omnia, ſi quid video, clarè oſtendunt, DD. in explicatione hujus rei erraſſe, & memoratas bonorum poſſeſſiones verè eſſe diverſas ſpecies, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & eſſe, quæ poſtulanti datur ex ipſo edicto ſine decreto aut cauſæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti poteſt; quales natura ſua ſunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex ſolo edicto; ſed interveniente decreto magiſtratûs datur; ſeu quæ cauſa cognita petenti adjudicatur, ac proinde ſedente pro tribunali magiſtratu peti & decerni debet, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poſſ. l. 3. §. pen. hoc tit.* quales natura ſua Carboniana, aliæque extraordinariæ, *l. ventre. 84. de acq. hær. l. ſi duobus. 14. §. ult. cont. tab.* Ajo, natura ſua: nam ex accidenti fieri poteſt, ut interdum de plano peti & concedi poſſit, quæ natura ſua decretum requirit: atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus ſit cauſæ cognitione, *arg. l. 1. §. ſi ex. 14. l. 7. §. 1. de ventr. in poſſ. mitt. l. 1. pr. l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 3. §. pen. hoc tit.* Atque ita ferme etiam doctiſſimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Vveſemb. Bachov. VINN. Accedit & altera differentia ratione effectus. Edictalis enim eſt perpetua: decretalis ad certum tempus datur. Vid. D. Pagenſtech. *Admon. ad ff. Part. 6. §. 5.* Unde diviſio bonorum poſſeſſionis in *perpetuam & temporalem*, quam reliquis addunt Doctores, cum hac eadem videtur. HEIN.

TEX-

Digitized by Google

TEXTUS.

De ſucceſſorio Edicto.

4. *Quum igitur plures ſpecies ſucceſſionum prætor introduxiſſet, eaſque per ordinem diſpoſuiſſet, & in unaquaque ſpecie ſucceſſionis ſæpe plures extent diſpari gradu perſonæ; ne actiones creditorum differrentur, ſed haberent, quos convenirent, & ne facile in poſſeſſionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo ſibi conſulerent; ideo petendæ bonorum poſſeſſioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus quàm adoptivis in petenda bonorum poſſeſſione anni ſpatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

Ad l. 1. § per. ff. de ſucc. edicto.

COMMENTARIUS.

DIſpoſitis per ordinem bonorum poſſeſſionibus, edictum prætor ſubjecit, quod ſucceſſorium ex potiſſima parte appellatur. Duo enim ſunt hujus edicti capita. Priore, quod principale eſt, prætor denunciat, ſe inter eos, quibus bonorum poſſeſſio defertur, ſucceſſionem permiſſurum, *l.* 1. §. *quibus.* 10. *de ſucceſſ. edict.* Succeſſio hæc duplex eſt, una *ordinum*, altera *graduum*. *Ordinum* dicitur, cùm ordo perſonarum univerſus, quarum in petenda bonorum poſſeſſione prima cauſa eſt, illam omiſit; veluti liberis omnibus omittentibus, res ad agnatos redit, & his rurſus eam repudiantibus, ad cognatos; poſtremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc ſunt ordines inteſtati, §. 2. *ſup. eod. l.* 1. §. 1. *unde lib. l.* 1. *quis ordo in bon. poſſeſſ.* quibus locis verba Juriſconſultorum à Triboniano circumciſa ſunt. Vulgo hæc ſucceſſio de ordine in ordinem appellatur. Poteſt & de capite in caput nominari, *l.* 5. *C. qui adm. ad bon. poſſeſſ. Graduum* ſucceſſio dicitur, cùm iis, qui in ordine aliquo ſunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine perſonæ admittuntur. Quæ ſucceſſio eſt de gradu in gradum, atque in ſolo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla eſt gradus prærogativa; agnatos verò remotiores, proximis repudiantibus, non quaſi agnatos, ſed quaſi cognatos, prætor admittit, §. *placebat.* 7. *ſup. de leg. ſucceſſ. agn.* Sed enim cùm eo loco Juſtinianus etiam in hæreditatibus graduum ſucceſſionem inter agnatos admiſerit, prætoris eſt, etiam in bonorum poſſeſſione eam inter illos admittere; arg. *l.* 3. *unde legit.* quamquam nunc hæc diſputatio ſupervacua eſt, ſublata prærogativa ordinis agnatorum, *Nov.* 118. Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum poſſeſſioni præfinitur, *d. l.* 1. *in pr.*

In unaquaque ſpecie ſucceſſionis] Id eſt, ordine; ut in tribus illis, inteſtati, liberorum agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri ſc. & uxoris, nulli ſunt gradus.

Plures diſpari gradu] Gradus biſariam uſurpatur, interdum pro ordine ſucceſſionis ab inteſtato, *l.* 1. *quis ordo in bonor. poſſeſſ. l.* 5. *unde cogn.* frequentiſſimè verò, ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur] Edictum ſucceſſorium præcipuè quidem cognatorum inferiorum cauſa comparatum eſt, ſed tamen ex parte id etiam creditoribus conſulit, atque ipſi quoque defuncto: triplicique omnino de cauſa prætor è re eſſe putavit, præſtituere certum & breve tempus ad bonorum poſſeſſionem petendam. Prima eſt, ut ſciri poſſit, quando finito jure primorum graduum, ſequentes eam petere poſſent, nullove petente, inſequens ordo aut fiſcus admitteretur. Altera, ne, ſi bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum intereſt maturè ſcire, utrum habeant quem conveniant, an bona fiſco ſint delata. Tertia, ne creditores, ſi nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad poſſeſſionem & diſtractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominioſum, *d. l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de ſucc. edict.* VINN. Add. Cic. *pro P. Quint. cap.* 15. & ſupra §. 1. *Inſt. quib. ex cauſſ. man. non lic.* HEIN.

Liberis & parentibus anni ſpatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum eſt in honorem ſanguinis, *l.* 1. § *largius.* 12. *de ſucc. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum poſſeſſionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumiſſor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l.* 1. §. *pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l.* 2. §. *ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus cauſis intra annum bonorum poſſeſſionem petere poſſunt, *dict. l.* 1. §. *ult.*

TEXTUS.

De jure accreſcendi: & iterum de ſucceſſorio Edicto.

5. *Et, ſi intra hoc tempus aliquis bonorum poſſeſſionem non petierit, ejuſdem gradus perſonis accreſcit, vel ſi nullus ſit, deinceps cæteris bonorum poſſeſſionem perinde ex ſucceſſorio edicto pollicetur, ac ſi is, qui præcedebat, ex eo numero non eſſet. Si quis itaque delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiaverit, non quouſque tempus bonorum poſſeſſioni præfinitum exceſſerit, expectatur: ſed ſtatim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

COM-

COMMENTARIUS.

NOn tantùm in ſucceſſione ex teſtamento locus eſt juri accreſcendi, verùm etiam in ſucceſſione ab inteſtato, tum legitima, §. *ult. ſup. de Senatuſc. Orfic.* tum honoraria. Ut docet hic locus, & *l.* 3. §. *ult. cum* 2. *ll. ſeqq. hoc tit. l. un. C. quand. non pet. part.* vid. Duar. 1. *de jure accreſc.* 20. & 2. c. 18.

Non petierit] Si plures ſint, quibus bonorum poſſeſſio competit, quorum unus admiſit bonorum poſſeſſionem, cæteri non admiſerunt, vel quod ſpreverint jus ſuum, aut tempore bonorum poſſeſſionis finito excluſi ſint, aut ante mortui, quàm bonorum poſſeſſionem petierint, ei, qui admiſit, accreſcunt portiones, quæ cæteris competerent, ſi petiiſſent, *d. l.* 3. §. *ult. & 2. ſeqq.* Et accreſcunt igitur portiones deficientium ſine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium ſine nova aditione accreſcunt iis, qui pro ſua partes hæredes extiterunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu ſunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi ſunt gradu in ordine ſequenti. Nam edicto ſucceſſorio non eſt locus, niſi inter perſonas diverſi ordinis aut gradus. Illud notandum, ſucceſſionem ordinum prætorem admiſiſſe etiam in una eademque perſona, verbi cauſa, ut filius omiſſa bonorum poſſeſſione *unde liberi*, petere adhuc poſſit *unde legitimi* aut *unde cognati*, *d. l.* 1. §. *ſed videndum.* 11. *de ſucc. edict. l.* 2. *unde legit.*

Sed ſtatim cæteri] Ut primum quis delatam ſibi bonorum poſſeſſionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, *d. l.* 1. §. *quibus.* 10. *de ſucc. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum, qui ſemel noluit bonorum poſſeſſionem petere, jus ejus petendæ amiſiſſe, etiamſi tempora largiantur; tum, quod huc præcipuè pertinet, repudiantibus primis, ſtatim inſequentibus tempus currere: quippe ad quos, illis repudiantibus, bonorum poſſeſſio ſtatim pertinere incipit, *d. l.* 1. §. 6.

TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6. *In petenda autem bonorum poſſeſſione dies utiles ſinguli conſiderantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui dies continui, qui utiles, qui ſeſſionum? Et quando de plano prætor jus reddere dicatur?*

DIes in jure noſtro alii ſunt *continui*, alii *utiles*. *Continui*, qui ſine interruptione nulliſque exceptis currunt: *utiles* illi dumtaxat, quibus experiundi ſui juris poteſtas eſt, *l.* 1. *de div. & temp. præſcr. l.* 11. §. *quidam.* 5. *ad leg. Jul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cùm dies utiles ſolùm conſiderentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis neſcivit bonorum poſſeſſionem ſibi delatam eſſe, neque illud, quo à prætore eam poſtulare non potuit, *l.* 2. *pr. quis ord. in bon. poſſeſſ.* Non enim ſemper prætoris copia eſt, *l. ſed & ſi.* 26. *pr. &* §. 4. *ex quib. ca. mai.* Dupliciter verò prætor copiam ſui facit; interdum pro tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi ſalva majeſtate imperii ſui ſalvoque more majorum jus dicere conſtituit, *l. pen. l. de juſt. & jur.* Quibus diebus pro tribunali ſedens poſtulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies *ſeſſionum* appellantur, *d. l.* 2. §. 1. *quis ordo in bon. poſſ.* Cùm alio loco civibus ſe præbet, *de plano* jus reddere dicitur, *l. nec quicquam.* 9. §. 3. *de offic. proconſ. l.* 6. *de accuſ.* ſuntque hæc noſtris adverſa, pro tribunali cognoſcere, & de plano, *l.* 1. §. *abolitio.* 8. *ad Turpil. l. unius.* 18. *in fin. de quæſt.* Quæcumque cauſæ cognitionem decretumve magiſtratus deſiderant, pro tribunali, non de plano cognoſcendæ & expediendæ ſunt, *d. l.* 9. §. 1. *de off. proconſ. l. omnia.* 71. *l. ubicumque.* 105. *de reg. jur.* Cùm ergo, ut antea oſtendimus, quædam bonorum poſſeſſiones ſint, quæ decretum magiſtratus expoſcunt, ob quam cauſam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum cauſæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & conſequenter illæ tantùm pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano poſſint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis ſeſſionum dumtaxat, *d. l.* 2. §. 1. *quis ord. in bon. poſſ.* VINN. Non ergo confundendæ loquutiones: *de plano cognoſcere* (unde *planaria interpellatio* in *l.* 4. *C. de dilat. edit. Haloandr.*) & *ſummatim cognoſcere*. Bonorum enim poſſeſſio ex edicto Carboniano non dabatur de plano, ſed pro tribunali: & tamen cognitio erat ſummaria, *l.* 3. §. 8. *ff. de bon. poſſ. l.* 2. §. 1. *ff. quis ordo in poſſ. ſerv.* Rem omnem accuratius expoſuit Vir Celeberrimus Ger. Noodt. *de Juriſd. lib.* 1. *cap.* 10. *p.* 135. HEIN.

TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. *Sed bene anteriores Principes & huic cauſæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum poſſeſſione curet: ſed quocumque modo admittentis eam indicium oſtenderit, intra ſtatuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.*

NOTÆ.

Quocumque modo; &c. indicium] Sufficit qualecumque indicium admittendæ bon. poſſeſſionis,

nis, *τι αδ'ένοτι ἔμφασιν*, qualiſcumque ſignificatio, aut ut eſt in *d. l. ult. teſtatio amplectendæ hæreditatis*. Magiſtratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate noſtra publicè teſtemur, *d. l. ult.*

Commentarius.

VEtus petitio bonorum poſſeſſionis ſolemnis fuit, ut ſignificat *l. 1. C. comm. de ſucc.* Solemnitas certam verborum conceptionem ſeu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magiſtratum peti poterat, nec cujuſvis magiſtratus erat dare, ſed ſolùm prætoris in urbe & præſidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & ſeqq. quis ord. in bon. poſſ.* Utrumque hoc ſuſtulit Conſtantius, excluſiſque verborum inanium, ut ipſe eas appellat, captionibus, conſtituit, ut ſatis ſit, eum, cui bonorum poſſeſſio delata eſt, quemvis judicem, & vel magiſtratum municipalem adire, atque apud hunc, qualicumque voluntatis teſtatione interpoſita bonorum poſſeſſionem amplecti, *l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum poſſeſſiones, quæ non niſi cauſa cognita decernuntur, non pertinet; ſed hæ etiam nunc prætorem & tribunal deſiderant.

Sed quocumque modo admittentis, &c.] Magiſtratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate noſtra publicè teſtemur: alioqui ſi nuda & ſimplex declaratio voluntatis privatim aut coram teſtibus facta ſufficeret, agnitio bonorum poſſeſſionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Conſtantius tantùm neceſſitatem petitionis ſolemnis & neceſſitatem prætoris aut præſidis adeundi in agnoſcenda bonorum poſſeſſione ſuſtulit, *d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poſſ.* In hiſce regionibus bonorum poſſeſſionis nullus uſus eſt, ſed utimur tantùm aditione ſive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem teſtatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quoſdam adhuc locus eſſe dicitur bonorum poſſeſſioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen numquam uſurpata fuit. Quin contra non ſemel accidit, ut fiſcus, nemine ex conſanguineis ſeſe offerente, bona cum ſuperſtite conjuge diviſerit, *deciſ. ſupremi apud nos Senatus. 7.* Grot. 2. *introd.* 30. add. Chriſt. *vol. 6. deciſ. 62. n. 7.* Gudel. *lib. 1. de jur. noviſſ. c. 16.* Zypæ. *not. jur. Belg. tit. unde liberi.* Groenevv. *tit. C. unde vir. & ux.* Vinn. Non tamen dubium, quin uſus adhuc tantum non ubique ſit in bon. poſſeſſionum temporalium & extraordinarium. Exempla paſſim habent ſcriptores pragmatici. Vid. Hopp. *ad Inſt. h. t.* §. 2. Stryk. *uſ. hodiern. Digeſtor. h. t.* Hein.

Titulus Undecimus.

DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.

SEquitur nunc ſpecies acquiſitionis per univerſitatem: quæ inter hæc genera tertio loco collocata eſt, §. *ult. ſup. per quas perſ.* nimirum acquiſitio per adrogationem. Inter ſuperiores autem illas & hanc hæc eſt differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis univerſa bona acquirimus. Eſtque hæc acquiſitio neceſſarium conſequens juris patriæ poteſtatis.

Textus.

Eſt & alterius generis per univerſitatem ſucceſſio, quæ neque lege duodecim tabularum, neque pretoris edicto, ſed eo jure, quod conſenſu receptum eſt, introducta eſt.

Commentarius.

CUm jus hujus acquiſitionis dependeat à jure antiquo patriæ poteſtatis: quæ poteſtas lege Romuli primum introducta, à decemviris poſtea repetita eſt, ut oſtendimus *ſup. tit. de patr. poteſt.* ex lege potius ſeu legis ſententia hanc acquiſitionem deſcendere, quum moribus, aut conſuetudine receptam eſſe, dicendum videtur, *arg. l. 6. §. 1. de verb. ſign. & ſup. tit. de leg. patron. tut.* cùm ſatis conſtet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quàm ſi ex patre matreque ejus familia nati ſint. Dicitur quidem etiam patria poteſtas moribus recepta, *l. 8. de his qui ſui vel al. jur.* ſed dumtaxat certo reſpectu, ut loco citato demonſtratum eſt. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, ſed ad jus adoptandi ſeu adrogandi; quod exterum cùm eſſet populus Rom. receperit, ſibique adſciverit ex legibus theticis Græcorum. Sanè nuſquam proditum eſt, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium ſibi adoptare. Quin ſingulæ adrogationes ſtante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis: quod diligentius expoſitum *tit. de adopt.*

Textus.

Quæ hoc modo acquiruntur.
Jus Vetus.

1. *Ecce enim cùm paterfamilias ſeſe in adrogationem dat, omnes res ejus corporales & incorporales, quæque ei debitæ ſunt,*

adro-

Digitized by Google

adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales ſunt operarum obligationes, & jus adgnationis. Uſus etenim & uſusfructus licet his antea connumerabantur; attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit noſtra conſtitutio.

NOTÆ.

1. *Quales operarum*] Officialium ſcil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè ſolvuntur, *l. 9. §. 1. de op. lib.* Locus difficilis, quem Theoph. ſe explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapſu, ut credo, memoriæ: videſis Cujac.

Noſtra conſtitutio] *l. pen. C. de uſuf.* vid. *ſup. §. pen. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Per adrogationem etiam poſſeſſionem acquiri adrogatori: & quare?*

2 *Operarum obligationes quæ hìc intelligantur?*

O*Mnes res ejus*] Qui ſe adrogandum dat, cum capite fortunas quoque ſuas, id eſt, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen. §. 2. ſec. tab. l. 15. de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina tranſeant ſine ulla ceſſione, *hoc text.* quippe ceſſio, quæ alias ad actiones transferendas neceſsaria eſt, hìc non eſt: quoniam hæc acquiſitio univerſalis eſt, & quantum ad commoda attinet, ſucceſſioni per
1 omnia ſimilis. Quin etiam non proprietas tantùm, verùm & poſseſſio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* neque abſurdum eſt, licet id Faber exiſtimet, plus in eo tribui adrogatori quàm hæredi, ad quem etſi adita hæreditate jura omnia tranſeunt, poſseſſio tamen non pertinet, niſi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes. 23. de acq. poſſ.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem ſuo nomine poſſidebat, adrogatione facta patris nomine poſſidere incipit, eumque ſtatim poſseſsorem miniſterio ſuo facit, *arg. l. quod meo. 18. d. tit.* Non idem dici poteſt poſseſsore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Gloſsa intellexit, & Bart. *in d. l. 16.* ubi etiam hoc à ſimili colligit, ſi aliquis monaſterium intraverit, ipſo ingreſſu ſine nova apprehenſione monaſterium acquirere rerum omnium poſseſsionem: de quo amplius DD. *in auth. ſi qua mulier. C. de Sacroſanct. Eccleſ.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Juſtinianus verò eamdem moderationem hìc ſervari voluit, quam adhibuit in acquiſitione per liberos naturales, *§. 2. inf.* VINN. Et ex eo, quod & poſseſsio adrogatori ſine nova adprehenſione adquiritur, interpretanda videtur, *l. 15. pr. ff. de adopt. & emancip.* ubi *omnia, quæ filii fuerunt, & adquiri poſſunt,* TACITE JURE *ad eum, qui adoptavit, tranſire* dicuntur. HEIN.

Quales ſunt operarum obligationes] Operarum 2
ſc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, ſciendum eſt, operarum duas eſse ſpecies, officiales, & artificiales. Officiales ſunt, quas libertus patrono officii cauſa præſtat: artificiales, quæ in artificio aliquo conſiſtunt, puta fabricandi, pingendi, mendicandi. Illæ non ab alio, quàm à liberto, nec alii, quàm patrono, deberi poſsunt: artificiales à quocumque cuicumque rectè ſolvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hinc eſt, quod artificiales etiam in hæredes tranſeunt, officiales non item, *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri neceſse eſt, quandoquidem in perſona adrogati durare non poteſt, niſi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non eſt, cui ſoli hæc operæ defieri poſsunt, ut dictum eſt. Planè jus obſequi non videtur capitis deminutione perimi *arg. l. 10. §. 3. de in jus voc.*

Jus adgnationis] Quæ jura agnationi tributa ſunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem tranſire non poſsunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. ſup. de Senatuſc. Orfic.* quamquam hoc ad eas tantùm hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatuſconſultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. ſi libertus. 23. l. patroni. 39. de bon. libert.*

Uſus & uſusfructus] Olim uſus & uſusfructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l. 1. quib. mod. uſ. am.* Paul. *3. ſent. 6.* eadem fere ratione, qua operarum officialium obligatio: ſed hoc ſuſtulit Juſtinianus *l. pen. C. de uſufr.* vid. *ſup. §. pen. de uſufr.*

TEXTUS.

Jus novum.

2. *Nunc autem nos eamdem acquiſitionem, quæ per adrogationem fiebat, coarctavimus ad ſimilitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, niſi tantummodo uſusfructus tam naturalibus parentibus quam adoptivis per filiosfamilias acquiritur, in iis rebus, quæ extrinſecus filiis obveniunt dominio eis integro ſervato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertranſit: niſi ſuperſint aliæ perſonæ, quæ ex conſtitutione noſtra patrem in iis, quæ acquiri non poſsunt, antecedant.*

COM-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

AD *ſimilitudinem naturalium parentum*] Et rectè. Nam cùm naturalibus parentibus eorum, quæ extrinſecus obveniunt, uſumfructum tantùm acquiri voluerit, proprietate filiis conceſſa, *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. ſup. per quas perſ.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum]. Etſi jam primorum Principum conſtitutionibus jus acquirendi per filiosfamil. nonnihil imminutum fuit; tamen in adventitiis æquè ac profectitiis bonis diu jus vetus patri ſervatum, atque hactenus quoque in peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi, ut tametſi vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem ſibi teſtamento inſtituere, tamen eo inteſtato mortuo, pater tam res caſtrenſes, quàm reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab inteſtato haberet, *l. 2. de caſtr. pec.* Tamdem ſecuta eſt major mutatio, & primo quorumdam adventitiorum duntaxat, poſtremo eorumdem omnium uſumfructum tantùm patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate; datique ei ſunt & in caſtrenſibus & in peculii adventitii proprietate hæredes ab inteſtato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes; *l. 3. l. 4. d. l. 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de ſucceſſ.* Igitur quod hìc ait Juſtinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non ſic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; ſed acquiri jure hæreditatis ei delatæ poſt liberos & fratres defuncti. Hæ enim ſunt illæ perſonæ, quæ hìc patrem dicuntur antecedere ex conſtitutione Juſtiniani, quæ eſt *l. ult. C. comm. de ſucc.* Fuſius hæc explicata ſunt *lib. 2. quib. non eſt perm. fac. teſt. Nov.* 118. ordo ſucceſſionis mutatus.

TEXTUS.

Effectus hujus acquiſitionis.

3. *Sed ex diverſo pro eo, quod is debuit, qui ſe in adoptionem dedit, ipſo quidem jure adrogator non tenetur, ſed nomine filii convenitur: & ſi noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes noſtros magiſtratus bona, quæ ejus cum uſufructu futura fuiſſent, ſi ſe alieno juri non ſubjeciſſet, poſſidere, & legitimo modo ea diſponere.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante geſto.*

2 *An adverſus adrogatum directæ actiones ſalvæ maneant?*

IN hoc quoque diſpar ratio eſt adrogatoris
& hæredis, quod in hæredem etiam illæ
actiones, quæ adverſus defunctum competebant,
directo dentur, in adrogatorem non dentur,
quæ competebant in adrogatum. Neque enim 1
ut hæres perſonam defuncti, ita & adrogator
ſuſpicit perſonam adrogati. Quod obligationes
& actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ poteſtatis, cujus juris hæc vis eſt, ut omnia patri per filium quærantur; non etiam ut filius contrahendo patrem obligare poſſit, præterquam de peculio: ſed hoc ſpecialem rationem habet, videlicet quia pater, concedendo peculium, hoc ipſo etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, per *l. 1. §. 5. de acq. poſſ.* Atque hoc ipſum argumentum eſt, adrogatorem de peculio conveniri non poſſe ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem. 42. de pecul.* ut ſcil. ſententia Sabini & Caſſii, qui ex ante geſto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipſum ex eo quoque confirmatur, quod ipſius patris, qui actione de peculio conveniri poteſt, ſi filium non defendat bona poſſideri jubentur, *l. 7. §. ſi quis. 15. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc ſui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipſo jure adrogator non tenetur] Hæc verba *ipſo jure* Cujac. & Pacius ſic interpretantur, ipſo jure prætorio; ego mera & ſtricta ratione juris, *τῇ ἀκριβείᾳ*, ut in *§. actiones. 10. inf. de act.* Hoc enim ſignificat, neminem perſonali actione teneri, niſi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxiſſe, neque perſonam ſuſcepiſſe, adrogati, hæredis inſtar.

Sed nomine filii] Ex æquo & bono: neque
enim in fraudem & præjudicium creditorum
adrogationes fieri permittendum erat. Et eſt
æquiſſimum, ut parens adrogator, qui bona
omnia tenet, filium defendat, aut ſi nolit defendere, patiatur creditorem mitti in bona,
quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt.
Illud quæſitum eſt, an actiones ipſo jure ad- 2
rogatione pereant, atque ex edicto de capite
minutis reſtituantur, an ſalvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur? Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipſo jure acquiruntur adrogatori, ſaltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima, quam adrogato contingere conſtat, ſubtilitate juris actiones pereunt, *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti eſt: nam cùm in perſona filitamq. etiamſi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio conſiſtere poſſit, *l. 39. de obl. & act.* ſatis liquet,
ob

Digitized by Google

ob hoc ſolùm obligationem in perſona adrogati non tolli, quod bona habere deſinit. Ac ne iſtud quidem video, qua ratione dici poſſit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim ſola familiæ mutatio actionem perimere poteſt, niſi quid aliud interveniat, ut in emancipatione per quam filius deducebatur in imaginariam ſervilem cauſam, *l. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumiſſiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæſtione propoſita actiones non ipſo jure ſublatas atque ex edicto reſtitutas fuiſſe; ſed manſiſſe ſalvas & utiles, ex ante geſto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus reſponderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit, & tranſtulit ſimiliter ut in ſpecie *l. 7. §. pen. d. tit.* neque aliud hic locus ſignificat.

Cum uſufructu fuiſſent] Hoc ideo ait, quia nunc ſolus uſusfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, *§. pr.* Ait; legitimo modo diſponere: de quo adi *tit. π. quib. ex cauſ. in poſs. eat. & de reb. auct. jud. poſs. item de curat. bon. dand.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio, & ſumma.

TEXTUS.

Acceſſit novus caſus ſucceſſionis ex conſtitutione divi Marci. Nam ſi ii, qui libertatem acceperunt à domino in teſtamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona ſibi addici libertatum conſervandarum cauſa, audiuntur.

COMMENTARIUS.

QUartus acquirendi per univerſitatem modus, & poſtremus inter eos, qui propoſiti ſunt §. *ult. ſup. per quas perſ.* eſt libertatum conſervandarum cauſa bonorum addictio. Hæc acquiſitio neque lege antiqua introducta aut confirmata eſt, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum poſseſſio; neque conſenſu populi, ut adrogatione; ſed ex conſtitutione D. Marci deſcendit, cui conſtitutioni cauſam dedit favor libertatis, *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de teſtam. man.* Etſi autem is, cui bona libertatis cauſa addicta ſunt, neque hæres eſt, neque bonorum poſseſsor; tamen quia in locum defuncti ſuccedit, bonorum poſseſsori aſſimulatur, *l. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in cum tamquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *l. 3. d. tit.* Verba conſtitutionis D. Marci primum Juſtinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt] Uberius ſub disjunctione dixiſset, *vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de teſtam. man.* & ita loquitur, quaſi conſtitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta ſit: quemadmodum etiam Juriſconſultus *l. quod D. Marco. 50. §. 1. de man. teſtam.*

Ex quo non aditur hæreditas] Fieri enim ſæpe poteſt, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem, hæreditatem adire recuſet, atque ita deſerto teſtamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *l. 2. C. de teſt. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

TEXTUS.

Reſcriptum D. Marci.

1. *Et ita divi Marci reſcripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba reſcripti ita ſe habent.* Si Verginio Valenti, qui teſtamento ſuo libertatem quibuſdam adſcripſit, nemine ſucceſſore ab inteſtato exiſtente, in ea cauſa bona ejus eſſe cœperunt, ut venire debeant, is, cujus de ea re notio eſt, aditus rationem deſiderii tui habebit, ut libertatum tam earum quæ directo, quàm earum quæ per ſpeciem fideicommiſſi relictæ ſunt, tuendarum gratia addicantur tibi, ſi idoneè creditoribus caveris de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data eſt, perinde liberi erunt, ac ſi hæreditas adita eſſet: ii autem, quos hæres manumittere rogatus eſt, à te libertatem conſequentur; ita ut ſi non alia conditione velis tibi bona addici, quàm ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, ſi ii, quorum de ſtatu agitur, conſentiant, auctoritatem noſtram accommodamus. Et ne hujus reſcriptionis noſtræ emolumentum alia ratione irritum fiat, & fiſcus bona agnoſcere voluerit, & ii, qui bonis noſtris attendunt, ſciant,

com-

Digitized by Google

quomodo pecuniario præferendam eſſe libertatis cauſam, & ita bona cogenda, ut libertas ei ſalva ſit, qui eam adipiſci potuerunt, ac ſi hæreditas ex teſtamento adita eſſet.

Notæ.

1. *Pompilium Rufum*] Putat Eguin. Baro ſervum ad quem reſcribit D. Marcus, prænomen ſortitum eſſe manumiſſoris, & ad id tempus Juſtinianum reſpexiſſe.

Nemine ſucceſſore ab inteſtato] Alias ſi deſtituto teſtamento, is qui ab inteſtato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, *l. 1. C. de fideic. lib.*

Tui liberti fiant] A te libertatem accipiant, tamquam fideicommiſſarium. Vveſ.

Si fiſcus bona adgnoſcere] Fiſco quoque cauſa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quàm ſi & ipſe libertates præſtet, *d. l. 4. §. 17. de fideicom. lib.*

Commentarius.

P*ompilium Rufum*] Hæc nomina non conveniunt ſervo, non magis, quàm *Cajus Sejus l. 23. de manum.* & ideo aſſentiri non poſſum Theophilo aſſerenti, hunc Pompilium Rufum fuiſſe unum ex ſervis Verginii Valentis teſtamento manumiſſis. Utut eſt, etiam extrario libero homini ipſa conſtitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, oſtendunt *d. l. 50. §. 1. de man. teſt. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l. 6. C. eod.* Vinn. Et exinde quoque colligas, rectè exiſtimare Theophilum, Pompilium iſtum Rufum ſervum potius, aut ſtatu liberum quam ingenuum vel libertinum fuiſſe. Statu ſane liberos ob ſpem libertatis non raro ſe pro liberis geſſiſſe & nomina patronorum gentilia ante manumiſſionem adſumſiſſe, colligere mihi videor ex *l. 11. C. de fideic. lib.* Hein.

Teſtamento libertatem adſcripſit] Hoc reſcriptum locum non habet, niſi libertates datæ ſint. Ait *adſcripſit*. Quid ſi libertates dedit, hærede teſtamento non ſcripto, ſed nuncupato? placet, etiam hìc conſtitutioni eſſe locum, *d. l. ult. C. de teſtam. man.*

Nemine ſucceſſore ab inteſtato] Explicatius dixiſſet, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato: ſiquidem huic reſcripto locus non datur, niſi cùm nec ex teſtamento, nec ab inteſtato quiſquam hæres eſt, *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat, teſtamentariis hæredibus repudiantibus, ſi ab inteſtato hæres exiſtat, libertates præſtandas eſſe: certum enim eſt, deſtituto teſtamento, ſi is qui ab inteſtato venit, hæreditatem amplectatur, nec libertates deberi, *l. 1. C. de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus ſit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæſitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur. *Vinnius in Inſtitut.* Vinn. Aliud obtinebat, ſi e. g. fideicommiſſaria libertas ita data, ſi uxori teſtatoris placuiſſet. Tunc enim ea non adeunte hæreditatem, & filio ſuccedente, ſervus libertatem petere poterat, dum uxor teſtatoris non refragaretur. *l. 8. C. de fideic. libert.* Hein.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus ſatisfaciat; bona ejus in ea cauſa ſunt, ut poſſideri à creditoribus, aut rectà conſtituta auctione vendi poſſint, *l. 8. quib. ex ca. in poſſ. l. 6. C. de bon. auct. jud. poſſ.* Ex quo intelligimus, hac conſtitutione etiam famæ defuncti conſultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cùm ab eo, qui juriſdictioni præeſt, cauſa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tamquam decretalis bonorum poſſeſſor conſtituitur.

Si idoneè caveris] Addici ita demum bona voluit, ſi idoneè creditoribus cautum fuerit de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo, *l. 2. l. 4. §. addici. 8. de fideic. lib.* merito. Ita enim favendum libertatibus eſt, ut ne alteri inferatur injuria. Quid eſt autem idoneè cavere? Satiſdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & ſi fides habita fuerit promittenti ſine ſatiſdatione, placet, idoneè cautum videri, *d. l. 4. §. addici. 8.* De ſolido autem, id eſt de ſorte & uſuris, *d. l. 4. §. de ſolido. 11.* Juſtinianus etiam pactionem de parte ſolvenda creditoribus admittendam cenſuit, *d. l. ult. §. 1. C. de teſtam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt, ſtatim poſt addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommiſſariam, manumittendi ſunt ab eo, cui bona addicta ſunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumiſſoris efficiuntur. Planè qui bona ſibi addici deſiderat, ut mox ſequitur, ſi non alia conditione velit ſibi addici, quàm ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipſius liberti fiant, fient, ſi modo conſentiant contenti fideicommiſſaria libertate. Neque tamen diſſenſu quorumdam impeditur bonorum addictio, ſed quem patronum habere recuſant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de teſt. man.*

Ac ſi hæreditas adita] Aut bonorum poſſeſſio admiſſa decretave. Non igitur ex pactione, ſed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnationis adjudicationiſve bonorum poſſeſſionis obtinet. Illud notandum, loqui reſcriptum de caſu teſtamenti facti: nam ab inteſtato nemini libertas directo competere poteſt.

Si fiſcus bona agnoſcere] Bona eorum, qui hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fiſco jure regalium occupari, notiſſimi juris eſt. Verùm in hoc argumento libertatis cauſa commodo fiſci benignè prælata eſt, ut etiam ſi non ſit, qui bona ſibi addici petat conſervandarum libertatum gratia, tamen fiſcus non aliter admittatur, quàm ſi & ipſe libertates præſtet, *d. l. 4. §. eadem. 17. de fid. libert.*

Enim verò ſi bona damnati vel debitoris ſui fiſcus occupet, ceſſat hæc conſtitutio. Sic cum Accurſ. accipio illud, *ſi alia ratione agnoſcat*, in *d.* §. *eadem.* 17.

Textus.

Utilitas reſcripti.

2. *Hoc reſcripto ſubventum eſt & libertatibus & defunctis, ne bona eorum à creditoribus poſſideantur, & veneant. Certe ſi fuerint hac de cauſa bona addicta, ceſſat bonorum venditio: exiſtit enim defuncti defenſor, & quidem idoneus, qui de ſolido creditoribus cavet.*

Commentarius.

Indicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus reſcripti: deinde oſtenditur, non eſſe conjunctum cum injuria creditorum. Finis reſcripti duplex eſt, ut libertates datæ conſerventur, qui principalis eſt; tum ut famæ defuncti conſulatur, cui ignominioſum, bona ſua à creditoribus poſſideri & diſtrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio cap.* 15. & Juſtinian. §. 1. *ſup. quib. ex ca. man.* & §. 1. *de hær. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac cauſa addictionem fit quidem, ut ipſi in bona defuncti ire & ſibi conſulere non poſſint; cæterum exiſtit idoneus defuncti defenſor, qui de ſolido, quod cuique debetur, ſolvendo caveat, ut juſtam querimoniæ cauſam nullam habeant. Ita enim in univerſum jus eſt, ut quoties alicujus defenſor idoneus exiſtit, creditores in bona ejus non mittantur, *l.* 2. & *paſſ. quib. ex ca. in poſſ. l. ſed & hæ.* 35. §. 3. *l. pen. de procur.* Legatariis ex hac cauſa nec cavendum eſt: quippe qui deſtituto teſtamento nihil conſequerentur.

Textus.

3. *Inprimis hoc reſcriptum toties locum habet, quoties teſtamento libertates datæ ſunt. Quid ergo ſi quis inteſtatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita ſit ab inteſtato hæreditas? Favor conſtitutionis debebit locum habere. Certè ſi teſtatus deceſſerit, & codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium eſt.*

4. *Tunc enim conſtitutioni locum eſſe, verba oſtendunt, cùm nemo ſucceſſor ab inteſtato exiſtat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum exiſtat, an non, ceſſabit conſtitutio. Si verò certum eſſe cœperit, neminem exiſtere; tunc erit conſtitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum reſtitui poteſt, abſtinuerit hæreditate, quamvis poteſt in integrum reſtitui, poteſt admitti conſtitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, ſi poſt addictionem libertatum conſervandarum cauſa factam in integrum ſit reſtitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia ſemel competierunt.*

Notæ.

4. *Quamdiu incertum*] Ex Ulp. *l.* 4. *pr. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum reſtitui poteſt*] Hic locus deſcriptus eſt ex *d. l.* 3. §. 1. & 2.

Commentarius.

Conſtitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus teſtamento datis. Cæterum & ſi quis inteſtato decedens codicillis libertates dederit, neque adita ſit ab inteſtato hæreditas; placuit, ad hunc quoque caſum favorem conſtitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores eſſe ampliandos, *l.* 2. *de fideic. lib. l. ult. C. de teſt. man.* Quartus & quintus §§. deſumpti ex *l.* 4. *pr.* §. 1. & 2. *d. tit.*

Textus.

Si libertates datæ non ſunt.

6. *Hac conſtitutio libertatum tuendarum cauſa introducta eſt. Ergo ſi libertates nullæ ſint datæ, ceſſat conſtitutio. Quid ergo, ſi vivus dederit libertates vel mortis cauſa, & ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum ſit, idcirco velint ſibi bona addici, an audiendi ſunt? Et magis eſt, ut audiri debeant, etſi deficiant verba conſtitutionis.*

Commentarius.

Favor reſcripti à Juſtiniano etiam ad eum caſum trahitur, quo mortis cauſa libertates datæ ſunt, vel etiam ſimpliciter inter vivos, ut ſtatim valeant, ſi creditores poſtea obſiſtant, quod in fraudem ſuam datas dicant. Quamvis enim verba conſtitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & ſententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri, eum, qui libertatem accepit, ſi bona ſibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in propoſito quæ libertates ipſo jure non valerent, conſervantur beneficio addictionis bonorum.

Textus.

De ſpeciebus additis à Juſtiniano.

7. *Sed cùm multas diviſiones ejuſmodi conſtitutioni deeſſe perſpeximus, lata eſt à nobis pleniſſima conſtitutio, in qua multæ ſpecies collatæ ſunt, quibus jus hujuſmodi ſuc-*

Digitized by Google

ſucceſſionis pleniſſimum eſt, effectum, quas ex ipſius lectione conſtitutionis poteſt quis cognoſcere.

Commentarius.

Conſtitutione Juſtiniani, quæ eſt *l. ult. C. de teſt. man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum eſt. Amplificationem Hotomannus quatuor his verſibus complectitur. 1. *Jus poſtulandi annum eſto. 2. Si plures ſimul ſatisdato poſtulent, iis bona ſimul addicuntor. 3. Ejus, qui plus ſe præſtiturum ſatisdabit, potiſſimum jus eſto. 4. Qui plus quàm alter cui addicta bona ſunt, intra annum offeret, altero libertatem ſuam retinente, bona obtineto.* Hujus & ſuperioris tituli hodie nullus uſus eſt. Vinn. Immo jam Juſtiniani temporibus ſenſim ab uſu receſſiſſe videtur Marci conſtitutio ob pinguius remedium *Nov. 1. cap. 1.* conceſſum, ut hærede repudiante, ipſi legatarii, quin & ſervi, quibus libertas teſtamento data eſt, adire poſſint. Hein.

Titulus Decimustertius.

De Succeſſionibus Sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, et ex Senatusconsulto Claudiano.

C. Lib. 7. Tit. 24.

Textus.

Erant ante prædictam ſucceſſionem olim & aliæ per univerſitatem ſucceſſiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta: & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in uſu fuerant: ſed cùm extraordinariis judiciis poſteritas uſa eſt, ideo cum ipſis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona poſſidere, &, prout utile eis viſum eſt, ea diſponere: quod ex latioribus Digeſtorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatuſconſulto Claudiano miſerabilis per univerſitatem acquiſitio: cùm libera mulier ſervili amore bacchata ipſam libertatem per Senatuſconſultum amittebat, & cum libertate ſubſtantiam. Quod indignum noſtris temporibus eſſe exiſtimantes, & à noſtra civitate deleri, & non inſeri noſtris Digeſtis conceſſimus.

Notæ.

Per multas ambages] Bona debitoris, poſtquam aliquamdiu celeberrimis in locis proſcripta pependiſſent, edicto poſſideri jubebantur: dein magiſter poſtulabatur & creabatur, per quem diſtrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in ſolidum ſatisfaciebat: aut antequam cineret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint. cap. 15. & 6. ad Attic. 1.* Atque hæc bonorum diſtractio etiam decemvirali verbo ſectio dicebatur. Fuſius hæc Theoph. Vinn. Plura & accurariora reperies apud Car. Sigon. *de antiqu. jur. civ. Rom. lib. 1. cap. XI. & de Judic. Rom. lib. 1. cap. 18.* Adde ſis *Antiq. noſtr. Rom. lib. 2. tit. 17. §. 11. p. 465. edit. nov.* Hein.

Quando judicia ordinaria] Planius dixiſſet, quando veterum judiciorum ordo ſervabatur, quem poſteritas neglexit: quamquam quid hæc judiciorum diverſitas ad rem præſentem faciat, non video; ac nec illud quidem, quid circa eam poſtea innovatum, niſi quod bonorum emptor deſierit eſſe ſucceſſor univerſi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum creditoribus ſatisfieret, *l. 6. & 9. C. de bon. auct. jud. poſſ.* Vinn. Senſus Juſtiniani eſſe videtur quod ambagibus iſtis locus fuerit, quamdiu judicia eſſent ordinaria, & diſtinctum prætoris & judicis officium. Ex quo autem Magiſtratus judices pedaneos dare deſierint, & omnia judicia facta ſint extraordinaria, nec ritibus & formulis antiquis tam ſtrictè inhæſiſſe homines. Hein.

Libertatem amittebat] Poſt trinam denunciationem domini, Theoph. denunciationis meminit & Ulp. *tit. 11. §. 10.* Paul. *l. 27. depoſ.* Tacitus autem denunciationis non meminit, ſed ſimpliciter ignorantis domini. Et forte diſputatione JCtorum hæc neceſſitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit, ſed verberibus caſtigatur ſervus, & diſſolvitur ejuſmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. toll.*

COMMENTARIUS.

REferuntur hoc tit. duæ ſpecies acquiſitionis per univerſitatem, quarum altera jam ante Juſtinianum in uſu eſſe deſiit, alteram ipſe ſuſtulit.

Qualis fuerat bonorum emptio] Si quis in jus vocatus poteſtatem ſui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto poſſideri jubebantur: poſt deinde iis vendendis magiſtri conſtituebantur, & poſtquam aliquamdiu celeberrimis in locis proſcripta pependiſſent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur, qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in ſolidum ſatisfaciebat. Quod ſi diffidebat, ne paria facere poſſet, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus Cic. *6. ad Attic. 1.* ubì ſcribit, ſine edicto non poſſe tranſigi de bonis poſſidendis, magiſtris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & poſtulari & fieri ſolere: item illud ex oratione pro *Quintio cap. 15. Cujus bona ex edicto poſſidentur, hujus omnis fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certè tacitè obſcurèque conceditur: cui magiſtri fiunt, & domini conſtituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c.* Idem obſervatum fuiſſe, cùm bona defuncti ſolvendo non eſſent, nec hæredem reperirent, oſtendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita eſt, *l. cum bona. 16. l. Fufidius. 29. de reb. auct. jud. poſſ. l. Imperator. 60. de pact. l. 9. de cur. fur. l. 4. C. de bon. auct. jud. poſſ.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proſcriptique ſectoribus in auctione venderentur, qui ut tradit Aſcon. *ad lib. 1. in Verr.* ſpem lucri ſui ſecuti bona condemnatorum ſemel auctionabantur, & ſemel pecuniam ærario inferebant: ac poſtea pro compendio ſuo ſingulas quaſque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Varro *lib. 2. de re ruſt. cap. 10.* modos acquirendi legitimi dominii enumerans ſcribit: *Tumve cum in bonis ſectioneve cujus publicè venit.* Hæc bonorum diſtractio etiam decemvirali verbo ſectio dicebatur; videturque ſucceſſiſſe ignominioſa iſta bonorum proſcriptio in locum ſectionis debitorum in partes lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem conſenſu publico poſtea eraſam eſſe, & in pudoris notam pœnam capitis converſam bonorum adhibita proſcriptione, teſtatur Tertull. *Apol. cap. 3. Suffundere*, inquit, *maluit hominis ſanguinem, quam effundere*. Add. Gell. *lib. 20. cap. 1.* Salmaſ. *de mod. uſur. cap. 18.* VINN. Sed adde tu ſis Illuſt. Bynkerſk. *Obſerv. lib. 1. cap. 1.* Ubi ab omni crudelitatis ſuſpicione decemviros eruditè abſolvit. HEIN.

Per multas ambages] Ter creditores adire prætorem oportebat; primum ut liceret bona poſſidere: deinde ut liceret magiſtrum bonis conſtituere, qui in auctione divenderet: poſtremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, paciſci. Cæterum hæc fuſius Theophilus.

Cum extraordinariis judiciis] Quid hæc judiciorum diverſitas ad rem præſentem faciat, non video: uti nec illud, quid hìc poſterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quod creditores in poſſeſſionem bonorum mittuntur, & poſtquam ea per certum tempus poſſederunt, jus vendendi à prætore impetrare poſſint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis, quo hìc remittimur, ſub *tit. de reb. auct. jud. poſſ.* & in codice quoque relata eſt, *l. 6. & 9. C. eod. tit.* Videntur mihi Compoſitores male iſta inter ſe oppoſuiſſe, tamquam pugnantia, *permitti bona poſſideri*, & poſt certum tempus *uni ea univerſa vendi*. Planè quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis ſeu bonorum poſſeſſoris loco habitum fuiſſe, id poſtea obtinuiſſe non puto; ſed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus ſatisfieret, deſiiſſeque hanc acquiſitionem eſſe univerſalem. Jure noviſſimo modus miſſioni creditur conſtitutus, ut jam miſſio non fiat in univerſa bona, ſicut olim, *tit. de reb. auct. jud. poſſ.* ſed tantùm pro quantitate debiti, *Nov. 53. cap. 4. §. 1.* unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. poſſ.*

Libera mulier ſervili amore bacchata] Senatuſconſulto libera mulier, quæ ſe alieno ſervo junxerat, domino ſervi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatuſconſulti Tacitus *lib. 12. annal. cap. 53.* ubi de rebus geſtis ſub Claudio tractans ſic ſcribit: *Inter quæ refertur ad patres de pœna fœminarum, quæ ſervis conjungerentur: ſtatuiturque, ut ignaro domino ad id prolapſa, in ſervitute; ſi conſenſiſſet, pro liberta haberetur*. Ita locum ex Codice Farneſiano reſtituit Lipſius. Suetonius hoc ipſum decretum adſcribit Veſpaſiano, ut niſi erret Suetonius, id repetitum fuiſſe neceſſe ſit. Denunciationis Tacitus non meminit, ſed ſimpliciter ignorantis domini: unde licet exiſtimare, neceſſitatem denuntiandi, ne cum ſervo conſuetudinem haberet, (vid. Ulp. *tit. 11. §. maxima. 10. l. 27. depoſ. l. un. C. de ſen. Claud. toll. l. edicimus. C. Theod. de murileg.* Theoph. *hic.* Pet. Fab. *lib. 1. ſemeſt. 25.*) diſputatione Juriſconſultorum Senatuſconſulto additam. Juſtinianus autem hoc Senatuſconſultum ſuſtulit, permiſitque domino poteſtatem, ſi quid tale ſervus commiſerit, eum caſtigandi, atque avellendi à muliere, ſimul denuntians, non impune laturum dominum, ſi hac poteſtate non utatur, *d. l. ult. in fin. C. de ſen. Claud. toll.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 44. *Tit.* 7. *C. Lib.* 4. *Tit.* 10.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo inſignes errores notati.*
3 *Neque definitiones neque diviſiones hic propoſitas continere omnem ſpeciem obligationis.*
4 *Obligationum ſumma diviſio.*
5 *Quid ſit & quam vim habeat obligatio naturalis?*
6 *Explicatur l.* 10. *de obl. & act.*
7 *Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis ſit obligatio?*
8 *Non omnium naturalium obligationum eumdem eſſe effectum jure civili, & quæ qualem habeant?*
9 *Obligatio merè civilis.*
10 *Obligatio mixta.*

1 TRia eſſe diſciplinæ juris ſumma capita ſeu objecta didicimus §. *ult. ſup. de jur. nat. gent. & civ.* perſonas, res, actiones. De jure perſonarum, id eſt, eo jure, quod cuique competit pro conditione & ſtatu perſonæ, diſputatum à titulo tertio uſque ad finem libri primi. Rerum tractatio ſuſcepta *tit.* 1. *lib.* 2. ubi diximus, rei appellatione in hac diſtinctione objectorum ſignificari non tantùm ea, quæ dominii noſtri ſunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari poſſunt, verùm etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium, & obligationem, dominii verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejuſque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & diſtrahendarum ratione nunc ſequitur. Quæ tractatio continuatur uſque ad tit. ſextum libri 4. ubi initium fit diſputationis de actionibus.

2 Duo igitur errores hìc nobis vitandi ſunt. Quorum unus eorum eſt, qui ita obligationes à rebus ſeparant, tamquam ad tertium juris objectum, id eſt, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod eſt de jure perſonarum. In priore errore Theophilus eſt & vulgo interpp. qui exiſtimant, hìc initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes, ut actionum cauſas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falſum eſſe, vel ex uno hoc apparet, quod iſta conſideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quàm dominium, quàm cætera in rem jura, quàm ipſum jus perſonæ: quippe quæ & ipſa ſingula ſuas actiones habent, & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *inſ. de act.* Alter error Vulteji eſt, qui *lib.* 1. *diſc. ſchol. cap.* 16. & *ad hanc rubr.* contendit, obligationes referendas eſſe ad jus perſonarum. Quem temere ſecutus eſt D. Anton. Matth. *Colleg. Inſt.* 2. *diſt.* 3. Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum eſt, quod obligatio perſonæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis uſum & uſumfructum ad jus perſonarum referri oportebat. Sed quid certius eſt, quàm ea omnia, quæ in bonis & patrimonio noſtro ſunt, ad tractatum rerum pertinere; nec ſolùm res corporales, verùm etiam incorporales, *ſup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, uſufructu, ſervitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis noſtris & ſubjecta acquiſitioni, add. *l.* 49. *de verb. ſign.* Apparet verò, Vultejum obligationes tantùm conſideraſſe in relatione ad perſonam debitoris, cùm præcipuè hìc conſiderandæ ſint ratione creditoris, qui eas contrahendo ſibi acquiſivit, eaſque ſuo modo vendendo, donando, legando in alium transferre poteſt: quæ oſtendunt, obligationes à parte creditoris eſſe in commercio, quod de jure perſonarum puta libertatis, civitatis, familiæ, nemo dixerit. Sed etſi obligationes conſiderentur ex parte debitoris, ut perſonæ ejus inhærentes, tamen ad jus perſonarum ne iſto quidem reſpectu referri poſſunt. Jus enim perſonæ dicitur, quod perſonam afficit, quatenus perſona eſt, id eſt, id jus, quo quiſque in civitate cenſetur propter ſtatum & qualitatem perſonæ ſuæ. Quid autem obligatio commune habet cum ſtatu debitoris? Quis ita perſonas unquam diſtinxit, ut diceret, quaſdam perſonas eſſe obligantes, quaſdam obligatas? aut hominum alios eſſe creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etſi perſonam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus conſideratur ut perſona, ſed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis ſummus eſt obligationis, ut perſonam nobis obligatam habeamus, ſed ut rem in obligationem deductam conſequamur, *l.* 3. *de obl. & act. l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. oblig.* Quamobrem ſive eſſentiam obligationum ſpectemus, ſive objectum earum, ſive finem ultimum, non alio referri poſſunt aut debent, quàm ad eam diſciplinæ noſtræ partem, quæ eſt de jure rerum. Alterum argumentum Vulteji tale eſt. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in perſonam eſt: ergo ipſa obligatio ad jus perſonarum non rerum referenda. Πταίει ἐν ἀρχῇ, & error perſpicuus ... τὸ πρῶτον ψεῦδος. Non enim ideo actio ex obligatione in perſonam eſſe dicitur, quia per eam

Digitized by Google

aut perſonam, aut jus aliquod, quod in per-
ſonam aut perſonæ ſit, perſequimur: (quip-
pe ſemper perſequimur rem aliquam exter-
nam, eam, quæ ex obligatione præſtanda eſt,)
ſed quia hæc actio in perſonam obligati diri-
gitur, & ſemper adverſus eum locum habet,
cùm in rem actio cum re ambulet, & ſequa-
tur poſseſsorem, *l. actionum. 25. de oblig. & act.*
Quinimmo contra ſi obligatio jus eſset perſo-
næ, actio, quæ de eo jure competeret, ad
claſsem actionum in rem referenda eſset, non
ad eas, quæ in perſonam competunt: argu-
mento actionum præjudicialium, quæ de ſta-
tu & vero jure perſonarum competunt, quas
in rem eſse expreſsè ſcriptum eſt in §. *præ-
judiciales. 13. inſ. de act.* quamquam hoc etiam
negavit Vultejus, quia vidit ſententiæ ſuæ repu-
gnare. Sed de his opulentius ſuis locis §. 1. &
d. §. 13. *inſ. de act.* Hoc titulo primum doce-
tur, quid ſit obligatio; deinde duplicitet ea
dividitur à cauſis efficientibus: poſtremo pri-
ma & præcipua ejus ſpecies ſubdividitur in
3 quatuor ſpecies inferiores. Quoniam verò ne-
que definitio, neque diviſiones hìc propoſitæ
omnes ſpecies obligationum continent, ſed ad
eas dumtaxat pertinent, quæ actionem, eam-
que effiacem jure civili producunt, & tamen
illæ quoque, quæ vel non producunt actio-
nem, vel eam producunt, quæ exceptione re-
pelli poteſt, ſuum quemdam uſum & effecta
jure civili habent, rectè facturi videmur, ſi
priuſquam ad ea declaranda accedimus, quæ
hìc à Juſtiniano tradita ſunt, naturam diverſi-
tatemque obligationum à capite repetitam ex-
4 plicemus. Omnis obligatio vinculum quod-
dam juris eſt, quo adſtringimur ad aliquid
præſtandum. Cæterum cùm ad hoc aliquan-
do nos adſtringat ſola æquitas & ratio natu-
ralis, interdum mera ſubtilitas juris, ut plu-
rimum autem jus naturæ ac civile ſimul, pro
hac juris varietate obligatio in tres ſpecies re-
ctè dividitur, in puram *naturalem*, meram *ci-
5 vilem*, & *mixtam*. *Naturalis* obligatio eſt na-
turæ & æquitatis vinculum, quo ita adſtrin-
gimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut
nulla eo nomine ſit actio jure civili. Dicitur
naturalis non à natura, ſeu naturali inſtinctu
nobis cum brutis animantibus communi, ſed à
natura humana, id eſt, recta ratione quæ ſola
quod æquum eſt, dictat. Itaque naturalis obli-
gatio non eſt duplex, ut quidam opinati ſunt;
una, quæ ſit ex jure gentium & humani ge-
neris propria; altera, quæ ſit ex jure naturali
omnium animantium communi, & in bruta
quoque cadat, in quæ nec conſenſus nec intelle-
ctus cadit: ſed una & ſimplex, quæ tota eſt ex
jure gentium, ut ipſa æquitas, cujus vinculo ſu-
ſtinetur, *l. Stichum. 95. §. 4. de ſolut.* Quod etiam
Paulus confirmat *l. cum amplius.* 84. §. 1. *de reg.
jur.* ubi ait, eum natura debere, quem jure gen-
tium dare oportet. Hæc obligatio conſcien-
tias quidem hominum devincit, cùm ſit vincu-
lum naturæ & æquitatis, *d. l. 95. §. 4. de ſolut.
d. l. 84. §. 1. de reg. jur.* quo loco verbo *oportet*
quædam neceſſitas moralis ſignificatur: in foro
tamen exteriori & jure civili eam efficaciam
non habet, ut actionem aut exactionem pro-
ducat: id quod ex enumeratione ſpecierum,
quæ ad hoc genus obligationis pertinent, li-
quere poteſt. Nam quod in *l. 10. de obl. & act.* 6
l. fidejuſſor. 16. §. 4. de fidejuſſ. dicitur, natura-
les obligationes non eo ſolo æſtimari, ſi actio
aliqua ex his competat, verùm etiam ſi ſoluta
pecunia repeti non poteſt; id non totum ad
puras naturales pertinet, ſed poſterius dumta-
xat: pars autem præcedens ad mixtas, eas ſci-
licet, quæ naſcuntur ex contractibus juris gen-
tium, & quæ ipſæ nonnumquam abſolutè natu-
rales dicuntur, *l. debitor. 59. verſ. videamus. ad
ſen. Treb. l. ſi ita ſtipulatus. 126. §. 2. verſ. ſu-
pereſt. de verb. oblig.* nimirum quia tota eſſen-
tia ſua ſunt ex jure gentium, *l. 5. de juſt. & jur.*
à jure autem civili præter nudam confirmatio-
nem nihil habent: quo tamen reſpectu cùm
etiam civiles ſint, nomine civilium frequentius
appellantur, propter auctoritatem juris civilis.
Ut naturalis tantùm, non etiam civilis ſimul 7
ſit obligatio, facit aut qualitas conventionis,
aut perſonæ paciſcentis contrahentiſve, aut
qualitas perſonæ & negotii ſimul. Principio
non omnis conventio obligationem civilem pa-
rit, ſed illa dumtaxat, quæ vel in proprium
nomen contractus tranſit, vel cui præter con-
ventionem alia ſubeſt obligandi cauſa, vel quæ
legitima dicitur, aut quæ contractui inconti-
nenter adjecta, *l. 6. l. 7. in pr. §. 2. & 4. de pact.*
Ex cæteris, quæ ſolo placiti fine ſtant, naſcitur
dumtaxat obligatio naturalis: quippe nudis pa-
ctis vim talem obligandi Romanæ leges tri-
buere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere li-
ceret, *d. l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod. l. ſi
tibi. 27. C. de locat.* Plura dicemus infra ſub §.
ultim. Secundo facit qualitas perſonæ contra-
hentis, ut ex conventione quantumvis idonea,
tantùm naturalis obligatio oriatur, veluti ſi pu-
pillus, intelligens quod agit, contraxerit ſine
tutoris auctoritate, *l. ſi pupillus. 127. de verb.
oblig. l. 1. in fin. de novat. l. cum illud. 25. §. 1.
quand. dies leg.* aut ſervus, *l. 14. de oblig. &
action. l. 13. de cond. ind.* aut is, cui bonis in-
terdictum eſt, *l. 6. de verb. obl.* Perſonæ & ne-
gotii qualitas ſimul, veluti ſi mulier interceſſe-
rit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit,
*l. 16. §. 1. ad ſenat. Vell. l. 9. in fin. cum l. ſeq. de
ſenat. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam con-
ventionem ſola officii & pudoris ratio natura-
lem obligationem inducit: qualis eſt cauſa be-
neficii accepti. Unde obligatio ad *ἀντίδωρα &
l. ſed & ſi. 25. §. conſuluit. 11. de hæred. pet. per
l. ſi pignore. 54. §. 1. de furt.* & quæ hujus ſpe-
cies eſt, manumiſſio, unde operarum officia-
lium debitio naturalis, *l. ſi non ſortem. 26. §.
libertus. 12. de cond. ind.* Ad hanc claſsem re-
fero etiam eam, quæ oritur ex voluntate teſta-
toris.

teris teſtamento minus ſolemni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præſtare citra detractionem Falcidiæ, *l.* 2. *C. de fideic. l.* 5. §. *ſi quis.* 15. *de don. int. vir. & uxor. l.* 1. *l. ult. C. ad legem Falcid.* Na-
8 turalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio deſtituuntur, quædam non omnino hujus auxilii ſunt expertes. Prioris generis eſt obligatio beneficii accepti, in qua nulla neceſſitas præter illud honeſtatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obſtringitur is, qui beneficium accepit, ſi vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipſum jus gentium pudori cujuſque totum hoc reliquiſſe. Quippe *alia eſt*, ut ait Cicero *pro Planc. cap.* 28. *debitio gratiæ, alia pecuniæ*: neque convenit, beneficia venerari aut in calendario ſcribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. cap.* 7. *Cùm res honeſta ſit referre gratiam, deſinit honeſta eſſe, ſi neceſſaria eſt*, id eſt, honeſtatis gradum excellentem amittit: quod ſequentia indicant, *Non enim magis laudabis quiſquam gratum hominem, quàm eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat citra judicium ſolvit*. Et mox; *Non eſt glorioſa res gratum eſſe, niſi tutum eſt ingratum fuiſſe*. Operarum tamen, quæ ex cauſa manumiſſionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut ſolutæ per errorem repeti non poſſint, *d. l.* 26. §. *libertus.* 2. *de cond. ind.* Ejuſdem fere conditionis eſt & obligatio teſtamenti minus ſolemnis & ad integra legata præſtanda: nam etiam quod ex his cauſis per errorem facti ſolutum eſt, jure civili repeti poteſt, *l.* 7. *C. de cond. ind. l.* 9. *C. ad leg. Falc.* Similiter ſi is, cui bonis interdictum eſt, quid promiſerit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejuſſores quidem admittat, quaſi negotium nullum geſtum ſit, *l.* 6. *de verb. obl.* Tantumdem dici poteſt de tranſactione alimentorum Senatuſconſulta prohibita, *l. eleganter.* 23. §. 2. *de cond. ind.* item de interceſſione mulierum, niſi quod obligatio hinc nata actionem parit, ſed quam inefficacem reddit perpetua Senatuſconſulti exceptio, *l. qui exceptionem.* 40. *d. t. l.* 9. *C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, ſi paterſ. factus ſolverit, non repetit, *d. l.* 40. *l.* 9. *in fin. de ſen. Mac.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione deſcendunt, eoſdem pæne effectus, ſi unam dempſeris actionem, jure noſtro habent, quos habet naturalis & civilis ſimul. Ac de hujuſmodi obligationibus potiſſimum agunt Juriſconſulti, cùm ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre eſt *l.* 13. *l. ſi pœnæ.* 19. *l. frater.* 38. *l. quod pupillus.* 41. *l. ſi quod.* 64. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act. l.* 1. *de novat. l. propen. de obl. & act. l.* 5. §. 2. *de ſolut.* & ſimilibus locis. Effectus iſti principales hi ſunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compenſatio, *l.* 6. *de compenſ.* ejuſdem ſoluti per errorem retentio, *d. l.* 10. *de obl. & act. d. l.* 19. *de cond. ind. l.* 1. §. *id quod.* 17. *ad leg. Falc. l.* 3. *C. de uſur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, conſtitui poteſt, *l.* 1. §. *pen. de pec. conſt.* item novari, *l.* 1. *in fin. de novat.* Poteſt & fidejuſſor huic obligationi accedere, §. 1. *inſ. de fidejuſſ.* denique & pignus, *l.* 5. *de pign.* Minus tamen efficacitatis eſt in obligatione pupilli ſine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ acceſſiones dumtaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia reſpuit: quo adſpectu, quod pupillus ita promiſit, ne natura quidem deberi dicitur; *d. l.* 41. *de cond. ind. d. l. propen. de obl. & act.* Obligatio 9
merè civilis eſt vinculum ſolius juris civilis, ſeu τὸ ἀκριβοδίκαιον, quo quis ita tenetur, ut ſummo jure in eum ſit actio, ſed quæ jure prætorio infirmetur, oppoſita perpetua exceptione. Hujus generis ſunt omnes illæ, quæ ſola juris ſubtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti ſi quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit; aut ſi poſt conſtitutam obligationem debitor cum creditore pactus ſit, ne à ſe peteretur, §. 1. *& ſeqq. inſ. de except.* Hoc genus obligationis propemodum ſine re eſt, & exitu inutile, *l.* 3. §. 1. *de conſt. pec. l. nihil intereſt.* 112. *de reg. jur. l.* 14. *de compenſ.* Mixta obliga- 10
tio ſeu naturalis & civilis ſimul, eſt vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adſtringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis ſuſtinet æquitas, & ſimul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam ſola plenam præſtandi neceſſitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc eſt, quod ſola propriè & abſolutè obligatio in uſu juris vocatur; quemadmodum & debitor is propriè intelligitur, à quo invito pecunia exigi poteſt, *l. debitor.* 108. *de verb. ſign.* & ex adverſo creditor, qui exceptione perpetua removeri non poteſt, *l.* 10. *eod. tit.* alii per abuſionem, *l.* 16. §. 4. *de fidejuſſ.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantùm & definitiones & diviſiones hoc titulo propoſitas pertinere. Eſt verò, quod apprime notandum eſt, mixta hæc obligatio, aut verè talis, aut præſumptivè; qualis eſt obligatio judicati, & confeſſi; item jurisjurandi neceſſarii. Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. poſt.* 56. *de re jud. l.* 207. *de reg. jur.* confeſſi in jure pro judicatis habentur, *d. l.* 56. *l.* 1. *de confeſſ. l. un. C. eod.* jurisjurandi quoque aut potius ſententiæ ex eo latæ eadem fere vis eſt. Hujus generis etiam obligatio eſt, quæ dicitur literarum, *inſ. de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Continuatio, & definitio.

Nunc tranſeamus ad obligationes. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtra civitatis jura.

NOTÆ.

Obligationes] Theoph. & Accurſ. putant, hìc initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam. Nam non minus obligatio res eſt incorporalis, & ad ſecundum juris objectum pertinet, quàm hæreditas, uſusfructus, ſervitutes, *ſup. de reb. corp. & incorp. &* §. *ult. de uſ. & hab.* VINN. Rectè. Sed non ſolum tamen Theophilum, verùm & veteres fere omnes obligationes tanquam præcipuum actionum fundamentum conſideraſſe, vel inde patet, quod in Pandectis æquè ac Codice conjunctim & uno eodemque titulo agitur *de obligationibus & actionibus*. Et inde, licet perperam, exiſtimavit Theophilus hìc quoque tractatum de obligatione præmitti materiæ de actionibus, quia obligationes ſint fontes actionum, & eatenus ad tertium juris objectum commodè referri queant. HEIN.

Juris vinculum] Omnis obligatio eſt juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis; naturalis, vinculum æquitatis, *l.* 95. §. 4. *de ſolut.* civilis mera, rigoris, ſeu ἀκριβοδίκαιος *inf. de exc. in pr.*

Neceſſitate] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non poteſt, quamvis moralem neceſſitatem adjunctam habeat: velutiquæ ex nudo pacto naſcitur *l.* 7. §. 4. *de pact.* junct. *l.* 84. §. 1. *de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum ſine re eſt, & exitu inutilis, *l.* 3. §. 1. *de conſt. pec. l.* 112. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

E*St juris vinculum*] Rectè *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus eſt neceſſitate quadam præſtationis tenetur, ut effugere non poſſit, niſi vinculo hoc ſoluto. Metaphora ſumpta à vinculis corporis. Concepta eſt definitio, relatione facta ad perſonam debitoris, ita tamen, ut ſimul oſtendat, quodnam hìc ſit jus creditoris. Sequentia formam obligationis, ſubjecto, effectu, & cauſa efficiente remota, adumbrant.

Neceſſitate adſtringimur] Effectus. Obligatio (ſic abſolutè, nunc porro mixta vocabitur) ſemper adjunctam habet neceſſitatem præſtationis: quæ neceſſitas in eo conſiſtit, ut niſi obligatus præſtet id, quod debetur, jure indicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad ſolutionem compellere.

Alicujus rei] Subjectum. Rei autem verbum generale eſt, & factum quoque comprehendit, *l.* 1. *in fin. de reb. cred.* Proinde ſive in dando conſiſtat obligatio, ſive in faciendo, neceſſitas obligationis poſtulat, ut utrumque præſtetur, *l.* 2. *de verb. obl.* §. *ult. inf. eod. l.* 3. *de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in uſu ſui juris, cùm debita præſtatur, *l. ſolutam.* 49. *de ſolut. l. ſi rem.* 9. §. 3. *& ſeqq. de pign. act.* eaque ſolutione tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametſi perſona obligati tantùm adſtringi videtur, non res ipſa, niſi per conſequentiam, aut niſi pignori nexa ſit. Etenim obligationis non hæc vis eſt, ut aut corpus aliquod, aut ſervitutem noſtram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediatè conſequamur: ſed jus tantùm ad rem tribuit, id eſt, perſonam nobis obſtringit ad dandum vel faciendum, *l.* 3. *de obligat. & act.*

Secundum noſtræ civitatis jura] Hæc verba referenda ſunt ad totum illud, quod præcedit, *quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ*. Temperatur enim hac adjectione non, ut male Theophilus, poteſtas ſolvendi, ſed neceſſitas: ut intelligamus adſtringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis cauſa, ſed ſecundum jus civitatis noſtræ: item neceſſitate non quavis, ſed in qua inſit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis noſtra ſit approbata. Quod ſi cum Theophilo verba hæc ad id ſolum, quod proximè præcedit *rei ſolvendæ*, referimus, falſam efficimus ſententiam, nimirum, eum, qui non rectè ſolvit, non eſſe obligatum. In eodem errore fuit & Accurſius.

TEXTUS.

Diviſio prior.

1. *Omnium autem obligationum ſumma diviſio in duo genera deducitur: namque aut civiles ſunt, aut prætoriæ. Civiles ſunt, quæ aut legibus conſtitutæ, aut certo jure civili comprobatæ ſunt. Prætoriæ ſunt, quas prætor ex ſua juriſdictione conſtituit; quæ etiam honoraria vocantur.*

NOTÆ.

1. *Omnium obligationum*] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus ſolis etiam concepta definitiò.

Aut jure civili comprobatæ] Prioris generis eſt obligatio litterarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifeſti, damni injuria dati, &c. hujus ſunt omnes, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium, *l.* 7. *de pact.*

Prætor ex ſua juriſdict.] Ex quibus ſcilicet actionem in perſonam dedit, §. 8. *& ſeqq. inf. de act.*

Com-

COMMENTARIUS.

A*Ut civiles aut prætoriæ*] Diſtributio obligationis à cauſis efficientibus remotis. Nulla enim eſt obligatio, (vera ſcilicet & efficax, de qua ſola hìc diſputatur,) quæ non aut jure civili aut prætorio conſtituta vel recepta ſit. Illud hìc monendi ſumus, cùm civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri: ſicut in univerſum, cùm jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars eſt juris civilis generaliter ſumpti, §.3.*ſup.de jur. nat. gent. & civil.* At cùm obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas dumtaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, conſtitutæ aut confirmatæ ſunt: quemadmodum cùm in genere jus civile opponitur prætorio, id jus ſignificatur, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum, auctoritate prudentum deſcendit, *l. 7 de juſt. & jur.* Similis huic eſt diviſio actionum §. 3. *inf. de act.*

Conſtitutæ aut comprobatæ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam ſubdiviſio, quod earum quædam jure civili conſtitutæ ſunt, quædam ſimpliciter approbatæ ſeu receptæ. Prioris generis ſunt paucæ, ex contractu obligatio litterarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifeſtus, *arg.* §.4.*inf. de noxal. act.*junct. *pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & ſi quadrup. paup. fec. l. t. arb. furt. cæſ.* Referunt huc vulgo & eas, quæ deſcendunt ex pactis ſpeciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi cauſa eſt pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. ſi quis. 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio conſtitutione civilis eſt, qua tenetur is, cui ex Senatuſconſulto Trebelliano reſtituta eſt hæreditas. In poſteriore genere ſunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ naſcuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex ſua juriſdictione] Naturalem æquitatem ſecutus. Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque eſt: à prætore autem introducta dicitur ea, ex qua prætor in perſonam in foro civili actionem dedit. Cujuſmodi eſt illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut ſervi: qua conſtituens pecuniam ei, cui conſtituitur; qua is qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifeſto, rapina, injuriis naſcitur: cæteræque omnes, quibus qui obſtrictus eſt, honoraria actione tenetur, vid. *inf.* §.8.*& aliquot ſeqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* item §. 4. *de nox. act.* & §. *ult. de leg. Aquil.* VINN. Rectè Vinnius obligationem prætoriam omnem naturalem ſimul eſſe, ait. Quamvis enim prætor aliquando & civiles obligationes firmet, veluti dum *l. 1. ff. commod.* ex commodato actionem pollicetur: propriè tamen tunc obligatio non eſt prætoria, quia vinculum juris jam citra prætoris auxilium habet. HEIN.

TEXTUS.

Diviſio poſterior.

2. *Sequens diviſio in quatuor ſpecies dividitur. Aut enim ex contractu ſunt, aut quaſi ex contractu, aut ex maleficio, aut quaſi ex maleficio. Prius eſt, ut de iis, quæ ex contractu ſunt, diſpiciamus. Harum æquè quatuor ſunt ſpecies. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut conſenſu: de quibus ſingulis diſpiciamus.*

NOTÆ.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*] Hæc diviſio ſumpta eſt à cauſis efficientibus proximis ſeu factis obligatoriis, ſine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, *l. 37. de obl. & act.* Accuratior eſt, quàm illa aut Caji *l. 1.* aut Modeſtini *l. 52. hoc tit.*

Ex contractu] Contractus eſt conventio obligationem pariens citra ſpeciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob ſpecialem confirmationem, *l. 6. l. 7.* §. 4. *de pact.* Labeonis definitio *l. 19. de verb. ſign.* particularis eſt: tam enim contractus ſunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & ſtipulatio, quàm utrinque, ut venditio & locatio. Et quid notius illa συναλλαγμάτων diſtributione in μονόπλευρα καὶ δίπλευρα?

COMMENTARIUS.

1 *Unde ſumpta ſequens hæc diviſio?*
2 *Rectè ne Ariſtoteles delictum ſpeciem faciat* συναλλάγματος?
3 *Præter quatuor ordinarias obligationum cauſas, quæ hìc recenſentur, eſſe & alias quaſdam irregulares & extraordinarias.*
4 *Modeſtini obligationum diviſio minus accurata in* l. 52. de obl. & act.
5 *Quid ſit conventio ſive pactio aut pactum in genere, & quotuplex?*
6 *Quid pactum nudum, quod paſſim abſolutè pactum? Et cur ex eo jure civili non detur actio?*
7 *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item num.* 10.
8 *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris inſint etiam in contractibus ſtricti juris?*
9 *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, diviſio, cum explicatione* l. 19. de verb. ſign.
11 *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta ſcita juris Canonici.*
12 *Explicatur ſubdiviſio obligationum primæ ſpeciei.*

Digitized by Google

1 A*T enim ex contractu, &c.*] Ἐπιδιαίρεσις ſeu ſecunda obligationum diviſio à cauſis efficientibus proximis. Nulla enim eſt obligatio, quæ non ex cauſa aliqua; & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente naſcatur: nec ulla jure civili, aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus conſiſtat, ut loquitur Papinianus, id eſt, quæ non ex propria cauſa conſtituta ſit, *l. obligatione. 27. hoc tit. de obl. & act.* Cauſæ ſeu facta obligatoria quatuor hìc ponuntur à Juſtiniano, totidemque obligationis ſpecies his cauſis inter ſe diſtinctæ, contractus, quaſi con-
2 tractus, maleficium, quaſi maleficium. Ariſtoteles *5. ethic. 2.* uno verbo συναλλάγματος hæc omnia cõprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, voluntaria & involuntaria: ἑκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια, maleficia & delicta. Verùm enim verò ſi vox Græca συναλλάγματος reſpondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abuſivè delictum dicitur ſpecies συναλλάγματος: ipſeque Ariſtoteles *cap. 5.* ejuſdem libri negat, correctionem delictorum ad juſtitiam συναλλακτικὴν pertinere. Ut ut eſt, in jure noſtro συνάλλαγμα tantùm ad commercia refertur, *l. 7. §. 2. de pact. l. Labeo. 19. de verb. ſign.* commercium autem uno modo uſurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo ſeparantur. Unico tantùm loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, ſed malus, *l. ſi rerum. 52. de re jud.* ubi Triphoninus ſcribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut eſt in codice Florentino, *ex malo contractu oriri*. Papinianus quoque verba Demoſthenis in oratione contra Ariſtogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, Latinè reddidit, *delictorum, quæ ſponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio. l. 1.* junct. *l. 2. de legib.* Illud verò frequens apud noſtros eſt, ut appellatione contractus & maleficii etiam quaſi contractus & quaſi maleficia ſignificentur, *l. 16. de neg. geſt. l. contractus. 23. de reg. jur. l. 1. l. 4. l. ex contractibus. 49. hoc tit. §. 1. §. 10. § rei. 17. & ſeq. inf. de act. §. 1. infr. de perp. & temp. action.*
3 Porro ſciendum eſt, quatuor cauſas obligationis, quæ hìc à Juſtiniano recenſentur, eſſe quidem illas principales & ordinarias: cæterum eſſe prætetea quaſdam obligationes, quæ ex nulla quatuor iſtarum cauſarum proficiſcuntur, ſed ex ſola & ſingulari æquitate. Cujuſmodi ſpecies obligationis eſt, quæ à Celſo proponitur in *l. ſi & me & Titium. 32. de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l. 3. § 3. ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere conſtat. Item illa, qua in duplum obſtringitur, qui tignum alienum ædibus ſuis bona fide junxit, *§. cum in ſuo. 29. ſupr. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum ſubſidiariæ dantur, *§. ult. infr. de leg. Aquil. l. in rem. 23. §. item quæcumque. 5. de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione eſt, eadem eſt ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex conſtituto: quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego cauſam eſſe arbitror, quod Cajus *l. 1. pr. hoc tit.* cauſas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficii tantùm meminit, cautionis gratia ſubjiciens, eas, quæ extra hæc facta naſcuntur, proprio quodam jure naſci ex variis cauſarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & maleficium, eſſe cauſas obligationum generales & ordinarias ac principes; eſſe tamen & alias nonnullas, ſed quæ ſint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine ſignificari, nec certa regula comprehendi poſſint. Videtur autem Cajus in *d. l. 1.* nomine contractus & maleficii etiam quaſi contractum & quaſi maleficium intelligere: quæ tamen cùm ſingula propriè & diſtinctè conſiderare volumus, à contractu & maleficio diverſa eſſe, idem rectè docet, *l. 5. eod.* & ex eo Juſtinianus *inf. tit. de obl. quæ quaſi ex contr. & de obl. quæ quaſi* 4
ex del. Igitur pro quadruplici illa conſideratione cauſarum quadripartita quoque eſt obligationis diviſio. Extat alia obligationis ex cauſis diſtributio apud Modeſtin. *l. obligamur. 52. hoc tit.* ſed minus accurata. Confundit enim eo loco Modeſtinus cauſas remotiores cum propinquis: nimirum cauſas juris & facti; cauſas, propter quas obligatio conſtituitur, cum jure, quod obligationem conſtituit, aut confirmat. Plura etiam vitia iſtius diviſionis alii obſervarunt. Ego ſingula ad amuſſim examinare nolim: nam pinguius aliquando diſputant Juriſconſulti. VINN. Si paullo accuratius partiri velis, ita omnes obligationes ad ſuas ſpecies revocari poſſe crediderim. Obligatio eſt vinculum juris. Jus ponit legem. Omnis itaque obligatio ex lege eſt, & quidem vel ἀμέσως ex ſola lege, vel ἐμμέσως intercedente facto aliquo obligatorio. Prioris generis ſunt omnes obligationes, quas Cajus *ex variis cauſſarum figuris* naſci ait, quaſque Vinnius noſter *num. 3.* recenſet, & *extraordinarias* vel *irregulares* vocat. Factum porro obligatorium eſt vel *licitum* veluti *contractus* & *quaſi contractus*, vel *illicitum*, ut *delictum* & *quaſi delictum*. Rem expoſui in *Elementis jur. h. t. §. 771. ſeq.* HEIN.

De iis, quæ ex contractu] Quid ſit contractus intelligi non poteſt, niſi prius in genere conſtet, quid ſit conventio: eſt enim contractus ſpecies conventionis, *l. 1. §. 3. l. 7. de pact.* Conventio ſeu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere ſumptum, valent) eſt duorum vel plurium in idem, placitum & conſenſus, definitore Ulpiano *d. l. 1. §. 2. de pact. l. 3. de pollic.* In 5
idem, id eſt, in eamdem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ ſunt ſpecies; aut enim ex *publica* cauſa fiunt, aut ex *privata*, *l. 5. de pact.* De publicis tractare non eſt hujus loci. Privata conventio, aut *nuda* eſt, aut *non nuda*, *d. l. 7. §. 1. 2. & 4. de pact. l. 10. C. eod. l. 15. de præſcr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo veſtitam & pactum veſtitum appellant, verbo magis quàm ſenſu inconcinno.

Digitized by Google

cinno. *Nuda* conventio eſt, quæ in nudis placiti
6 & conventionis finibus ſtat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi cauſam præter conventionem, *d.l.7.§.1.2.& 4.de pact.l.27.C.de locat.* In libris noſtris etiam pactum ſimpliciter & paſſim appellatur, *d.l.7.§.4.& ſeqq.l.10.C.eod. l. 15. de præſcr. verb. d. l. 27. C. de locat. l. 1. C. de pact. conv.l.5.C.de contr.ſtipul. l. 5. §. 2.de ſolut.* Appellatur pactum nudum, quia ſolum pactum eſt, nihil amplius, *l.23. C. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum conſenſum, nudam proprietatem, &c. dicimus Græcis ψιλὸν σύμφωνον. Quod definiunt, ἅτινα μὴ ὀνομάζονται δίκαις, ἀλλὰ μόνον συνῇ ἐπὶ δόσει. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, *d.l.7.§.4.& ſeq.l.diviſionis. 45. de pact.l.8.l.15.de præſcr.verb.l.10.l.21.l.ſi certis. 28. C. de pact. l.ſive apud. 28. C. de tranſact. l. 3. de C.rer.permut.cum ſimilibus.* Immo proverbii vice olim jactatum fuiſse, *ex pacto actionem non naſci*, indicant Impp. in *d.l.10. C. de pact. & d. l.1.C. de pact.conv.tam ſup.dot.& ideo omnibus pactis ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit*, ut ait Paul.2. *ſent. 22. §. ult.* Cæterum quæ pacta liberationis cauſa interpoſita ſunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d.l.7.§. 4.& ſeqq.l.13.d.l. 28.C.eod. &c.* Nimirum conditores juris Romani hujuſmodi conventionibus vim coactricem ſubtraxerunt, ut ſola paciſcentium fide ſtaretur, honeſtius atque ad excitandum virtutis ſtudium conducibilius eſse exiſtimantes, quædam relinquere hominum inter ſe ſpontaneæ fidei & probitati, quàm omnia vinculis legum & neceſſitate adſtringere. Quo pertinet locus Cornificii *lib.2. ad Herenn. Pacta ſunt, quæ ſine legibus obſervantur ex conventione, quæ etiam jure præſtari dicuntur.* Cui ſimilis eſt apud Ciceronem *lib.2.de invent.* Et explodendi, ut ἐπιλητικοί, qui negant, poteſtatem civilem conſtituere poſse, ut non niſi ſub certo modo & forma obligatio ex conſenſu naſcatur. Qua de re uberius diſseruimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus.*c.5.& 6.*ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monſtra
7 profligamus. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente ſimplici forma conventionis ſpeciatim ad efficaciam obligationis ſunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, *l.6. de pact.* quale eſt v.c. pactum donationis, *l.ſi quis.35.C.de donat.* item quo dos conſtituitur, *l.6.C.de dot.prom.* vel jure prætorio, ut conſtitutum, & conventio de pignore, *l.1.& paſſim, de pec.conſt. l. ſi tibi.17. §.2.de pact.l.1.de pign.act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in continenti adjecta, quæ his contractibus tamquam pars eorum ineſse creduntur, *l.7.§.5.de pact. l.13. C. eod.* Unde etiam ex hujuſmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpoſitum eſt, competit, *l.fundi.79.de contr.empt.l.6.§. 1. de act. empt.l.11.C.de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & diſtinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, ſed ea dumtaxat, quæ ſunt κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος ſecundum naturam contractus, aut quæ aliqua ſaltem ratione præſtationes contractus, cui adjiciuntur, tangunt, aut contractum promoveant, *d. l. 7. §. quinimo. 5. & ſeq. de pact.* & ibi comm.DD. *l. pacta. 72.de contr. empt.* Unde Jaſon ait, pactum, quod eſt contra naturam contractus, non veſtiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune eſt, ut pacta quamtumvis ex continenti adjecta, contractibus inſint, & actionem pariant; ſed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, ſed maximè eorum, qui ſolo conſenſu itidem, ut pacta, conſtant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac diſputatione proferuntur, ut videre eſt pleriſque locis modo citatis. Qui autem contractus, cùm ſint bonæ fidei, ſolo conſenſu non conſiſtunt, ſed re perficiuntur, ut commodatum, depoſitum, iis pacta, quorum ſubſtantia in ſolo conſenſu, tam facile ineſſe & incorporari, ut ſic loquar, non poſſunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujuſmodi contractibus inſint, occurrunt, quàm quæ de dolo, culpa, aut caſibus fortuitis præſtandis interponuntur, *l.5.§.interdum. 10.commod. l.1.§. ſæpe.35.depoſ. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præſtatione uſurarum in depoſito irregulari, 8
l. Lucius. 24. & 2.ſeqq. depoſ. Quod attinet ad contractus ſtricti juris, Bachov. ad Treutl. *diſp. de pact.theſ.*10. putat, diſtinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum; & qui verbis, ut ſtipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodeſſe, propterea quod re obligatio contrahi non poteſt ultra id, quod datum eſt, *l.ſi tibi.17.in pr.de pact. l.11.§.1.de reb. cred.* ad hæc nullas in mutuo eſſe præſtationes doli aut culpæ, & ſi qua de his pactio fiat, eam eſſe extra naturam contractus: denique ob eamdem cauſam, & quia præterea ſtricti judicii eſt, nec uſuras ex mutuo citra ſtipulationem exigi poſſe, *l.3. C. de uſur.* Quod autem quibuſdam caſibus uſura pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati acceſſio ex nudo pacto debetur & peti poteſt, *l. etiam 30. de uſur. l. 5.& l. 7. de naut. fœn. l. 12. C.de uſur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta ſint, & proinde mutuo inſint, ſed quia ſpeciatim & nominatim jure civili confirmata ſunt: eſſe enim pacta legitima. Stipulationis verò diverſam cauſam eſſe: licet enim & ipſa contractus ſit ſtricti juris, & ideo non facile extenſionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7.§. quod fere. 12.de pact.* facilius admiſſum eſſe, ut pacta in continenti facta ſtipulationibus contineri, iiſque ineſſe intelligerentur, *arg.l.lecta. 40. de rebus cred.* nec obſtare *l.quicquid.99. de verb.obl.* Nam quod pacto ſtipulationi ſtatim ſubjecto placuit, id perinde habendum, ac ſi verbis ſtipulationis expreſſum eſſet. Quæ licet probabiliter à Bachovio diſputentur, verior tamen mihi videtur ſententia Cujacii,

jacii,

acii, Buſii, in *d. l.7.* Donelli in *d.l.lecta.*40. & in *l.* 13. *C.de pact.* qui etiam ſtipulationem hinc removent. Neque enim fruſtra eſt, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris ineſſe, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis,d.l.7.§.quinimmo.5.d.l.*13.*de pact.* Quorſum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, niſi ut intelligamus, in ſtrictis judiciis non idem juris eſſe? Sic cùm dicitur, in bonæ fidei contractibus uſuras ex mora deberi, *l. mora.*32.*§.* 2. *de uſur.* hoc ſignificatur, deberi in bonæ fidei, non in ſtricti juris judiciis, *l.* 3. *C. de uſur.* Similiter cùm dicitur, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, *l.* 3. *de reſc. vend.* hoc dici intelligimus, in his ſolùm ineſſe, non etiam in ſtrictis judiciis; nam in ſtrictis non veniunt exceptiones, niſi nominatim conteſtatæ, *l.* 9. *l. ult. C. de except.* Et certè ineptum eſſet ac ſupervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, ſi pacta in continenti facta pariter ineſſent omnibus contractibus, quibus ſubjiciuntur. Nec ullum in libris noſtris locum reperio, quo probari poſſit, pactum ſtipulationi appoſitum actionem parere, aut legem ſtipulationi dare, actionemve ex ſtipulatu formare, ita ſtipulationi ineſſe,ut ad id, quod pacto comprehenſum eſt, ex ſtipulatu agi poſſit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta.*40. cùm pactum ſubjectum ſtipulationi ineſſe dicit, non ſignificat, id actionem parere, cùm in caſu illic propoſito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; ſed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur; quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura ſua non poteſt. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum ſententiam latè tuetur Gœdd. *de conſ. ſtipul. c.* 8. *concl.* 2. Nos fuſius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *c.* 9. *& ſeq.* Vinn. Sed rem tamen clariſſimam puto, ſi leges conſetas. Hæ diſtinguunt, utrum in continenti adjiciatur pactum contractui ſtricti juris, an ex intervallo, itemque, addatne obligationi, an detrahat. Si in continenti adjectum obligationi detrahit, ineſt contractui ex parte rei, ut plus ab eo peti nequeat, e. g. ſi decem dedi, & novem debeas, nonniſi novem debebis *l.* 11. *§.* 1. *ff. de reb. cred.* Sin in continenti adjectum addit obligationi, tunc non ineſt ex parte actoris, nec actionem parit. e. g. ſi decem dem, ut viginti debeantur, tunc non niſi decem debentur. *l.* 17. *ff. de pact.* Pacta ex intervallo adjecta ſive addant, ſive detrahant obligationi, non inſunt contractui ſtricti juris, nec ipſo jure tollunt obligationem quamvis exceptionem producant. Conf. V. C. Ger. Noodt *de Pact. & tranſact. cap.* 12. Hein. Conventio non nuda ſive veſtita eſt, quæ puri placiti fines egreditur; quod
9 ex duabus notis cognoſcitur, ſi proprium nomen ſortita eſt, vel ſi præter conventionem alia obligandi cauſa ſubſit, id eſt, ſi negotium civile geſtum ſit, *d.l.7.§.*1.*de pact.* Hæc conventio niſi ſpecies uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum ſic definio: Contractus eſt conventio habens nomen ſpeciale, aut eo deficiente civilem obligandi cauſam. Definitio tantum non iiſdem verbis propoſita *d. l.* 7. *§.* 1. *&* 2. Itaque duo ſunt harum conventionum genera: unum earum, quæ ſpeciale nomen habent, ex quo genere ſunt emptio, venditio, locatio, conductio, ſocietas, mandatum, depoſitum, commodatum, pignus, & ſimiles contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus *nominati*, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinſecum quid eſt atque accidens; ſed propter utilitatem commercii, cujus indicium eſt, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem uſum talem accepere vim ac naturam, quæ, etiamſi nihil ſpecialiter dictum ſit, ex ipſo nomine ſatis intelligatur, D. Grot. 2. *de jur. bell. & pac.* 12. *n.* 3. Alterum genus eſt earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, ſed quibus præter conſenſum ſubeſt cauſa, ut hoc exprimit Juriſconſultus *d.l.7.§.*2. Et hæ quoque conventiones obligationem & actionem pariunt. Cauſam definio dationem vel factum certa lege, puta ſi quid tibi dedi aut feci ea lege, ut viciſſim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Juriſconſultus *d. l.* 7. *§.* 2. ipſe hoc explicat, & innumeris locis ſignificatur, *l.* 5. *per tot. l.* 8. *l.* 15. *de præſcr. verb. l.* 6. *l. ſi pro profundo.*33.*C.de tranſact.l.*6.*C.de rer. perm. & ſimil.* alias negotium dicitur, *d.l.* 15. *de præſcr. verb.* & negotium civile, *l.* 1. *de æſtim. act.* id eſt, tale quod conſtituit *συνάλλαγμα*: unde obligatio & actio civilis, ne quis hic ſomniet de cauſa impellente aut finali, quæ paciſcentes movit: nam talis cauſa etiam in nudis pactis eſt, ut, dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi inſulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite diſcedas, *l.* 21. *C. de pact. l.* 28. *C. de tranſact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis propoſita nimis lata ſit. Nam Labeo in *l.* 19. *de verb.ſign.* contractum ſic definit, ut dicat eſſe ultro citroque obligationem, id eſt, negotium, unde ultro citroque obligatio naſcitur: at noſtra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantùm obligatur, qualia ſunt mutuum & ſtipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expreſsè à contractu diſtinguit. Sed animadvertendum eſt, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid ſit contractus, aut quæ ſit propria hujus verbi ſignificatio, ſed quid prætor eo verbo ſignificet, cùm hæc tria finitimæ ſignificationis in edicto conjungit, actum, contractum, geſtum. Nam cùm hæc ſingula per ſe poſita & vi ſua generalia ſint, apparet, Labeonem ea non ex propria ſignificatione, ſed ex ſententia prætoris illa conjungentis diſtinguendo ad certas ſpecies referre, verbumque contractus ad eas ſpecies traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos verò hoc certo tenebimus, ſubſtantiam

tiam contractus in eo non conſiſtere, ut ultro citroque obliget, ſed non minus propriè ſi unus tantùm alteri, quàm ſi invicem contrahentes inter ſe ex conventione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipſum appellari & eſſe contractum; id quod ſatis oſtendit vetus & recepta contractuum diviſio, *hoc text. & in l.* 1.
10 *eod.* propoſita, *item in l.* 1. *§. pen. de pact.* Apparet autem ex diſputatione Ulpiani, in *d. l.* 7. §. 1. 2. *de pact.* unde noſtra contractus definitio ſumpta eſt, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus eſſe, aut cum contractibus confundenda, ſed eſſe & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant, tamen neque in proprium nomen tranſeunt, nec cauſam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem; utique ſi per ſe ſpectentur, illa ſine adminiculo legis, hæc ſejuncta à contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta veſtiverunt, alterum veſtimento *aſſiſtentiæ legis*, alterum *cohærentiæ contractus*: quippe qui nuda ea pacta ſola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis jure gentium manſerunt. Quod etſi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum non alio nomine, quàm nudi pacti ſimpliciter appellare ſolent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l.* 6. *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 10. *l.* 13. *C. eod. l. etiam.* 30. *de uſur. l.* 12. *C. eod. l.* 6.
11 *C. de jur. det.* Uſu jam pridem receptum eſſe conſtat, ut etiam ex nudo & ſimplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis ſit, quæ ſtipulationis. Tantùm meminerimus, diſtinguendas eſſe promiſſiones ſerias, meditatas & utiles, ab inconſideratis, temerariis atque inutilibus, cùm quis non diſpoſitivè, ut loquuntur, nec ſerio, ſed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantùm, non ex his obligatio & actio naſcatur. Et hoc etiam jure Canonico ſatis expreſsè cautum eſt *c.* 1. & *c.* 2. *x. de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad ſimplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minimè vulgari præditus exiſtimat, ne jure quidē gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib.* 5. *comm. c.* 1. ſed ei occurritur à D. Grot. *lib.* 2. *de jur. belli & pac. c.* 11.

Aut re contrahitur aut verbis, &c.] Ὑποδιαίρεσις primæ ſpeciei, id eſt, earum obligationum, quæ ſunt ex contractu ſumpta à cauſis obligationem ex contractu proximè conſtituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam litteris: id eſt, obligationem tum demum producunt, cùm vel res, vel certa verba, vel ſcriptura intervenerit: quidam conſenſu fiunt, id eſt, præter conſenſum quomodocumque declaratum ad ſui perfectionem nihil deſiderant. Itaque propoſita diviſio non ſic accipienda eſt, quaſi in ea obligationes, quæ conſenſu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur conſenſu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu ſine conſenſu eſſe poteſt, *l.* 1. *§. pen. de pact.* ſed ita, ut obligationibus, quæ non ſolo conſenſu fiunt, ſed præter conſenſum rem, verba aut litteras requirunt, oppoſitam intelligamus eam ſpeciem, quæ ſolo conſenſu contrahitur, nihil amplius ad conſtitutionem obligationis deſiderans. Denominatæ enim ſunt hæ ſpecies ab eo, quod cujuſque proprium eſt, & in unaquaque eminet.

Aut litteris] Hanc ſpeciem obligationis videntur veteres comprehendiſſe ſub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex litterarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu ſint, illi non meminerunt, quàm harum trium, re, verbis, conſenſu, *l.* 1. §. 1. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. §. 3. *de pact. l.* 8. §. 1. *de fidejuſſ. l.* 1. §. 1. *de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in uſu fuiſſe conſtat ex *tit. C. de non num. pec.* VINN. Immo multo certius hoc genus contractus jam ſæculo Chriſti 2. in uſu fuiſſe, conſtat ex Caji *Inſt. lib.* 11. *tit.* 9. §. 12. Alia hujus contractus veſtigia in ipſis Digeſtis deprehendit Galvan. *de uſufr.* qui & obſervat, veteres illos qui ſpecies contractuum nominatorum recenſentes litterarum obligationem omiſerunt, eamdem ſub verborum obligationibus comprehendiſſe. Et ſanè multo veroſimilior eſt hæc Galvani, quam Vinnii noſtri ſententia, quia & in hac olim verba ſolemnia interceſſiſſe, ex Theophilo *ad tit. Inſt. de litt. obl.* patet. HEIN.

TITULUS DECIMUSQUINTUS.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. *Tit.* 1. *Lib.* 13. *Tit.* 6. & 7. *Lib.* 16. *tit.* 3. *C. Lib.* 4. *tit.* 1. 23. & 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi? & quæ obligationes huc pertineant?

HOc titulo exponitur prima ſpecies obligationum, quæ non ex ſolo conſenſu naſcuntur, ſed demum cùm aliquid ad conventionem acceſſit, illæ nimirum, quæ naſcuntur ex contractibus, qui præter conſenſum, rei interventum ad perfectionem ſui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid ſit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, ſed exemplis oſtenditur. Rectius feciſſent Compoſitores, ſi

pri-

Digitized by Google

primum commoda aliqua definitione rem declaraſſent, ac tum ſingulas enumeraſſent ſpecies: nam utrumque ad genus aliquod & ſpecies ejus generis cognoſcendas eſt neceſſarium. Nunc & inſufficiens videtur enumeratio ſpecierum, & difficilis eſt omiſſarum inveſtigatio. Poteſt autem hæc obligatio ſic deſcribi; Obligatio re contrahitur, cùm datum aliquod aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit. Rem enim hìc generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque verò obligationes illæ ſolæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hìc numerantur, mutuo, commodato, depoſito, pignore, naſcuntur; ſed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non naſci conſtat, niſi datum aliquod aut factum ad conventionem acceſſerit, *l. 1. §. 2. de rer. permut. l. 3. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & paſſ. de præſcr. verb.* adeòque Paulus in *d. l. 1. §. 2. de rer. permut.* hac nota permutationem diſtinxit ab iis contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen poſſunt veteres propriè & in ſpecie tunc obligationem re contrahi dixiſſe, cùm res tradita vel in genere vel in ſpecie reddenda eſt: ideoque ſolummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium eſt, mutuum, quo id agitur, ut res ejuſdem generis, commodatum, depoſitum, pignus, quibus agitur, ut eadem ſpecies reſtituatur, huc retuliſſe, *l. 1. §. 2. cum 4. ſeqq. de obl. & act.* quod & Juſtinianus ſecutus ſit. Conventio reſtituendi titulo & nomine contractus incluſa eſt.

Textus.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eædem res, ſed aliæ ejuſdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum eſt: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat; & ex eo contractu naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.

Notæ.

Re contrahitur] Ex Cajo *l. 1. de obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cùm datio aliqua aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit, *l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & ſeqq. l. 8. in fin. de præſcr. verb.* & propriè cùm res tradita vel in genere, ut in mutuo, vel in ſpecie, ut in commodato, depoſito, pignore, reddenda eſt.

Pondere, numero, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præſtent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum ire non poſſumus, quia aliud pro alio invito creditori ſolvi non poteſt, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

Certi condictio] Mutuum contractus eſt *μονόπλευρος*, cum ſolùm obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantùm hinc naſcitur actio, quæ appellatur certi condictio. Sic ſtipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, ſed ex ſtipulatione naſcitur, *l. 6. & 7. de novat.* ejuſdem tamen naturæ actio eſt, idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.*

Commentarius.

1 *Definitio mutui, ejuſque definitionis per partes explicatio.*
2 *Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo rectè dentur?*
3 *Cur mutui datio duntaxat conſiſtat in rebus conſumptibilibus?*
4 *Emendationem D. Salmaſii in* l. 2. §. 2. de reb. cred. *non videri neceſſariam.*
5 *Forma hujus contractus propria.*
6 *Singularia quæ hìc recepta.*
7 *Finis & effectus, tum conſequentia.*
8 *Debitorem non prohiberi eamdem rem, quam accepit, in ſpecie reddere.*
9 *Commodum æſtimationis auctæ & incommodum deminutæ ad creditorem pertinere.*
10 *In æſtimatione ineunda, ſi debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur?*
11 *Speciale eſſe, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi poſſunt.*
12 *Aucto aut deminuto nummorum valore, eos reddi oportere ea æſtimatione, quæ eſt, cum ſolvuntur, ſecundum comm.*
13 *Eſſe quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de ſubſtantiâ non eſſe.*
14 *Etymon mutui.*
15 *Duplexne ſit, an una generalis certi condictio?*

Mutuum eſt contractus, quo res, quæ pondere, numero, menſura conſtant, alicui ita 1.
dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque repoſcenti creditori tantumdem ex eodem genere reddat. Conſtituitur mutuum non ſolo ac nudo conſenſu, ſed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus ſic expreſſit, *mutuum non poteſt eſſe, niſi pecunia proficiſcatur. l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra quàm datum eſt obligatio contrahi poſſit, veluti ſi tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quàm decem condici poterunt, *l. 11. §. 1. eod tit. l. ſi tibi. 17. de pact.* Quod ſi ſimpliciter convenerit, ut tibi

Digitized by Google

bi certam pecuniæ ſummam mutuo darem, hæc
conventio mutuum non eſt, ſed nuda pactio, nec
nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec
eum, qui ſe daturum promiſit, extra ſtipulatio-
nem jure civili obligat, *per vulgat.* Planè ſi pecu-
nia apud aliquem jam ſit, verbi gratia, ex cauſa
depoſiti, poteſt ea nuda voluntate transferri, &
converti in cauſam mutui fictione brevis manus,
l. 9. §. ult. de reb. cred. In hoc igitur cauſam effi-
cientem & ſimul rei gerendæ formam commu-
nem cernere licet. Illud notandum, mutuum non
ſemper accipi pro ipſo contractu, ſed ſæpe etiam
pro re mutuo data: quod etiam accidit depoſito,
commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, menſura] Materia mutui
ſunt res, quæ pondere, numero, menſura conſtant,
id eſt, quæ ex certo pondere, numero, menſura
æſtimantur, & hoc modo ſunt in commercio, ut
vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata.
2 Non autem res omnes, quæ appendi, numerari,
&c. poſſunt: alioqui nihil fere eſſet, in quo mu-
tuum non conſiſteret. Aliud ſcilicet eſt, pondus,
numerum, menſuram habere, aliud, ex pondere,
&c. conſtare. Gloſſa in *l. 2. §. 1. de reb. cred.* negat,
panes ad numerum mutuo dari poſſe: quod alii
contra ſimpliciter affirmant, ſed rectè Bart. *in d. l.*
2. §. 1. ſic diſtinguendum cenſet, ut ſi panes limi-
tatam in civitate quantitatem habeant, id eſt, de-
finitum pondus, poſſit in his mutuum conſiſtere
3 ad numerum: ſin minus, non niſi ad pondus. Ideo
autem in his rebus duntaxat mutui datio conſi-
ſtit, *quoniam earum datione poſſumus in creditum
ire, eo quod functionem eamdem in genere recipiunt
per ſolutionem, quam in ſpecies*; id eſt, quoniam hæ
res natura ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum
vice fungantur, ita ut re ejuſdem generis ſoluta,
non aliud, ſed idem, quod creditum eſt, videatur
redditum; quod ſecus eſt in cæteris rebus. Nullæ
enim aliæ res tam ſunt æqualis æſtimationis, ut in
ſuo genere ſolutæ, aliæ aliarum vice fungantur,
& mutuo tantumdem præſtent: ideoque ſi non
eadem res, quæ accepta eſt, ſed alia ejuſdem ge-
neris redderetur, aliud pro alio ſolveretur, quod
non licet invito creditore. Ad hunc modum diſ-
putat Paul. in *d. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Doctiſſimus
4 Salmaſius *lib. de uſur.* c. 1. textum emendat, & pro
functionem recipiunt, reponit *ſuffectionem reci-
piunt*; ne bis idem dici videatur, cùm idem ſit, ut
ait, ſolutio, quod functio. In quo, viro clariſſi-
mo aſſentiri non poſſum. Primum quia functio-
nis verbum latius patet quàm ſolutionis, & ad
omnia refertur, quæ vice mutua tantumdem præ-
ſtant, aut quorum alterum alterius vicem explet,
l. 6. de reb. cred. etiam ubi nulla intervenit ſolutio:
veluti cum pignoribus fungi dicimur invicem
ſatiſdationis, *l. 7. de præt. ſtip.* vel noxæ deditione
fungi, *l. liber homo. 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. Inſt. de
nox. act.* Deinde quia Juriſconſultus ita ut ibi lo-
quitur, loqui non potuit, niſi & quod acceptum
5 in ſpecie redditur, rectè dicatur ſuffici. Sed in his
non ſunt poſitæ opes Græciæ. Forma hujus con-
tractus propria conſiſtit in ipſa mutui datione, ſi-
ve dominii rerum in accipientem translatione.
Idque adeo mutui proprium eſſe creditum eſt, ut
etiam nomen ab eo acceperit, *Quod de meo tuum
fiat*, *d. l. 2. §. 2. de reb. cred.* Ex hoc autem intelligi-
mus, & eum, qui credit, dominum eſſe oportere,
& eo animo rem tradi accipique, ut is qui acce-
pit dominus fiat, *d. l. 2. § pen. l. in omnibus. 55. l. de
obl. & act.* junct. *l. ſi ego. 18. §. 1. de reb. cred.* Enim- 6
verò ſi debitorem meum juſſero tibi dare pecu-
niam, aut ſi inter nos convenerit, ut pecuniam ex
mandati cauſa debitam crediti nomine retineas,
obligaberis mihi, quamvis meos nummos non
acceperis. Item ſi lancem tibi vendendam dede-
rim, ut nummis utereris, perinde mihi obligabe-
ris, ac ſi vendidiſſem ipſe, pretiumque tibi tradi-
diſſem. Admiſſa enim eſt in his omnibus fictio
brevis manus, auctore Ulpiano in *l. 11. & l. 15. de
reb. cred.* Quamquam difficilior videtur Africa-
nus in *l. qui negotia. 34. mand* vid. Cujac. *tract. 8. ad
African.* Illud quoque utilitatis cauſa receptum,
ut ſi v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fi-
de conſumptis mutuum confirmetur, & condictio
naſcatur: & generaliter, ut quod numeranti præ-
ſtat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non tranſ-
lata, præſtet conſumptio, *l. 11. in fin. & 2. ll. ſeqq. l.
19. §. 1 de reb. cred. l. 17. de ſolut.* Finis eſt, ut is qui 7
rem mutuo accepit, pro commodo ſuo ea uti, eam-
que conſumere poſſit, atque ut aliquanto poſt rem
ex eodem genere, & tantumdem (quo æquè bo-
nam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l. 2.
in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2 de obl. & act.* quod ipſum
natura obligationis mutui continetur, licet de eo
nihil nominatim convenerit, *l. 3. de reb. cred.* Ad
effectum quod attinet, tranſit rei mutuo datæ do-
minium in debitorem cum obligatione reſtituen-
di rem ejuſdem generis. Unde eſt, quod rei, quam
mutuo accepit, interitu non liberatur, *§. 2. hoc tit.
l. 1. §. 4. de obl. & act.* nimirum duplici de cauſa;
tum quia regulare eſt, ut res pereat ſuo domino,
l. 9. C. de pign. act. tum quia mutui debitor, ge-
neris debitor eſt; genus autem numquam perit,
l. 11. C. ſi cert. pet. Creditori hoc nomine acqui-
ritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text.
in fin.*

Numerando, metiendo, &c.] Quod ſi v. c. ob-
ſignatæ dentur cuſtodiendæ; naturam cujuſque
corporis imitantur, & tum depoſitum eſt.

Ut accipientium fiant] Quæ res mutuo dan-
tur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l. 1. § 2.
de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio eſt,
quia niſi ea lege darentur, ne uti quidem illis li-
ceret, quoniam uſus earum ſine conſumptione
planè nullus eſt.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut
res eadem numero, quæ data eſt, reddatur, ſicuti
in commodato, depoſito, pignore, ſed alia ejuſ-
dem generis; ſeu, ut veteres loquuntur, mutuum
damus non recepturi eamdem ſpeciem, ſed idem 8
genus, *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex cauſa mutui
nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus
reſpondet, non alienari nummos, qui ſic dantur,
ut reſtituantur, *l. quiſ ſic. 55. de ſolut.* Quod tamen

non

non eo pertinet, ut non liceat debitori eamdem
ſpeciem, quæ accepta eſt, ſi forte ea uſus non ſit,
creditori reſtituere, atque eo modo ſe liberare,
quaſi hoc ſit contra conventionem, ut putabat
Azo: nam totum hoc ſolius debitoris gratia cau-
tum intelligitur, ut ſcilicet ille re mutua utatur,
ſi velit: ſin autem uſus non ſit, nihil prohibet,
quominus eamdem reddat, dum reddat non dete-
riorem: ſic enim vel maximè res ejuſdem gene-
ris ejuſdemque bonitatis redditur, quod ſolùm
hujus contractus obligatio exigit, Joan. Bart. *in
d.l.2.n.3.*Zaſ.*n.9.*Don. *n.5.* Porro dum res redda-
9 tur ejuſdem generis, eademque bonitate, idque
ſuo loco ac tempore, aut alias ante litem conte-
ſtatam; quantacumque ſit præſens æſtimatio, de-
bitor liberatur, ita ut æſtimatio præcedentis tem-
poris in quæſtionem non veniat, ſed & auctæ
commodum & incommodum deminutæ pertine-
at ad creditorem, per *l.vinum.22.de reb.cred.*quip-
pe æſtimatio extra rem eſt, magiſque proficiſci-
tur ex rerum copia aut inopia, quàm bonitate,
Don. *ad d.l.3.n.5.& ſeq.*At enim æſtimatio, quia
credita non eſt, pro re credita invito creditori
obtrudi non poteſt, *arg.d.l.2.§.1.l.1.de rer.perm.*
DD.comm.in *d.l.vinum.22.* Vveſenib. *par. de reb.*
10 *cred.num.12.*quamvis contrarium uſus ſervet.Me-
rul.*lib.4 diſt.4.ſect.3.tit.1.c.2.n.22* Quod ſi tamen
neceſſe ſit condemnationem fieri in rei petitæ
æſtimationem, quia forte res præſtari non poſſit,
aut commutata præcedentis temporis æſtimatio,
quam æquum ſit actorem conſequi, in ea ineunda
tempus litis conteſtatæ ſpectandum erit, &, ſi
mora facta ſit, quantum æſtimatio poſtea crevit,
11 præſtandum, *d. l. vinum. 22.l.ult.de cond.tritic.l.
quoties.59.de verb.obl.l.37.mandat.* Specialem ra-
tionem in nummis mutuo acceptis habet, quod
eos neceſſe non ſit reddi in eadem forma aut ma-
teria, niſi creditor ex ea re damnum aliquod paſſu-
rus ſit, *l.creditorem. 99. de ſolut.arg. l.quæ extrinſe-
cus.65.§.1.de verb.oblig.*Quippe etiam tunc intel-
ligitur idem genus nummorum redditum; cùm
v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi
ſunt, qui eamdem quantitatem efficiunt, puta
pro uno aureo, qui valet decem argenteos, toti-
dem argentei probi & locabiles. Nam nummus
non tam ex materia æſtimatur, quàm ex homi-
num inſtituto ſeu valore impoſititio. Id eſt, in
nummis non tam inſpicitur corpus, materia, nu-
merus, qualitas, quàm poteſtas, valor, ſeu æſtima-
tio, *l.1. de contr. empt.* ut proinde qui aureum de-
bet, non præcisè corpus hujuſmodi debere intelli-
gatur, ſed potius ipſius valorem, ſeu poteſtatem
publica lege ei impoſitam. Sic accipiendum illud
Senec.*6.de benef.c.5. Pecuniam dicimur reddidiſſe,
quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*
Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos
ſolvere in alia forma aut materia licet, ſi id fiat
ſine injuria creditoris: ſi damnum ex ea re paſ-
ſurus ſit creditor, non licet juxta reſponſum Pau-
12 li *d.l creditorem. 99. de ſolut.* Atque hinc pendet
deciſio nobiliſſimæ quæſtionis ſi poſt contractum
æſtimatio nummorum creverit aut decreverit,
utrum in ſolutione facienda ſpectare oporteat
valorem, quem habebant tempore contractus, an
qui nunc eſt tempore ſolutionis: intellige ſi ni-
hil de ea re expreſsè dictum ſit, neque mora in-
tervenerit. Car. Molinæus *tract. de uſur. n. 693.
& ſeqq.*Hotom.*illuſtr. quæſt.* 15.Don. *ad d.l.3. de
reb.cred.num.*10.*&* 11. contendunt, tempus con-
tractus inſpiciendum eſſe, id eſt, ea æſtimatione
nummos reddendos, non quæ nunc eſt, ſed quæ
initio fuit, cùm dabantur. Nimirum nihil illi in
pecunia numerata præter æſtimationem conſi-
derandum putant, totamque nummi bonitatem
in hac ipſa æſtimatione conſiſtere; ac proinde cre-
ditori non facere injuriam, qui eamdem æſtima-
tionem, quam accepit, reddit; tantum enim red-
dere eum, quantum accepit, quod ad ſolutionem
mutui ſit ſatis. Itaque ſecundum horum ſenten-
tiam, ſi 100.aurei mutuo dati ſint, cùm aureus
valebat aſſes 50.reddantur autem, cùm ſinguli va-
lent aſſes 55. debitor reddens creditori aureos
90.aut in ſingulos aureos 50. aſſes, reddit quan-
tum accepit, & liberatur; & viciſſim ſi imminuta
ſit ad eumdem modum aureorum æſtimatio, non
liberatur, niſi reddat aureos 110. aut in ſingulos
aureos aſſes 55.Bartolus verò in *l. Paulus.* 101. *de
ſolut.*Bald *in l. res in dotem. 24. de jur. dot.* Caſtr.
in lib. 3. de reb. cred. & DD. comm. ut videre eſt
apud Boer. *dec.* 327. contra cenſent, ſpectandum
eſſe in propoſito tempus ſolutionis, id eſt, aucto
vel deminuto nummorùm valore, ea æſtimatione
reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cùm da-
bantur, ſed quæ nunc eſt, cùm ſolvuntur, neque
aliud ſtatui poſſe ſine creditoris aut debitoris in-
juria. Quæ ſententia, ut mihi videtur, & verior
& æquior eſt. Nam quod contrariæ ſententiæ
auctores unicum urgent, in nummis non materiæ,
ſed ſolius æſtimationis impoſititiæ atque exter-
næ, quam ob id vulgo extrinſecam nummi boni-
tatem vocant, rationem duci, nummumque nihil
aliud eſſe, quàm quod publicè valet, vereor, ut
ſimpliciter verum ſit. Utique enim materia nu-
miſmatis fundamentum eſt & cauſa valoris; quip-
pe qui variatur pro diverſitate materiæ: oporte-
que valorem hunc juſta aliqua proportione ma-
teriæ reſpondere; neque in bene conſtituta rep.
nummo ea æſtimatio imponi debet, quæ pretium
materiæ, ex qua cuditur, ſuperet, aut ſuperet ul-
tra modum expenſarum, quæ in ſignanda pecu-
nia fiunt; quod ad ſingularum ſpecierum valo-
rem parum addere poteſt. Vid. Covar. *de vet.coll.
numiſm.cap. 7. num. 7.* Sed hoc ad actus & præſta-
tiones privatorum non pertinet. Illud pertinet,
quod ſi dicimus, creditis nummis nihil præter
æſtimationem eorum creditum intelligi, neceſſa-
rio ſequitur, creditorem teneri in alia forma aut
materia nummos accipere, contra definitionem
Pauli in *d.l. 99. de ſolut.* etiamſi damnum ex eo
paſſurus ſit: nam, qui recipit, quod credidit, ni-
hil habet, quod conqueratur. Sequitur & hoc,
ſi contingat mutari nummorum bonitatem intrin-
ſecam, id eſt, ſi valore veteri retento percutian-
tur novi nummi ex deteriore materia, quàm ex

qua

qua cuſi, qui dati ſunt, puta, ſi qui dati ſunt, cuſi fuerint ex puro auro, poſtea alii feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem reſtituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum inſigni injuria creditoris: & contra interpp. pæne omnium doctrinam, qui hoc caſu ſolutionem faciendam eſſe ſtatuunt ad valorem intrinſecum monetæ, qui currebat tempore contractus, teſtibus Gail. 2. *obſ.73.n.6. & 7.* Borcholt. *de feud. ad cap. un. quæ ſunt regal. num. 62.* Illud enim maximè in hac diſputatione conſiderandum eſt, quoniam hic finis nummi principalis eſt, ut ſerviat rebus neceſſariis comparandis, auctore Ariſtotele 1. *Polit.6.* quod mutata monetæ bonitate ſive extrinſeca ſive intrinſeca, pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum creſcant aut decreſcant: quod ipſa docet experientia; eoque facit *l. 2. C. de vet. num.pot.lib.* 11. Creſcunt rerum pretia, ſi deterior materia electa aut manente eadem materia, valor auctus ſit: decreſcunt electu materiæ melioris, aut ſi eadem bonitate materiæ manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum ſibi perſuadet, ex augmento valoris aurei aliquid ſibi lucri accedere. Hoc autem fundamento poſito, ſiquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut ſi bonitas monetæ intrinſeca mutata ſit, tempus contractus, ſi extrinſeca, id eſt, valor impoſititius, tempus ſolutionis in ſolutione facienda ſpectari debeat. Atque ita ſæpiſſime judicatum eſt. Boer. *deciſ.*327. Ann.Robert. *lib.1.rer.jud.c.ult.* Mynſ.4. *obſ.* 1. Gail. *d. obſ. num. 6. & ſeqq.* Borcholt. *ad d. c. un. quæ ſunt regal. num.* 58. *& ſeqq.* Chriſtin. *vol. 3. dec.* 1. *num.* 2. D. Jac. Coren. *deciſ. Cur. ſup. Holl.* 23.

13 *Ejuſdem naturæ & qualitatis*] Id eſt, ejuſdem generis & eadem bonitate. Luc. *c.6.verſ.34. δανείζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα.* Atque horum alterum, ut res ejuſdem generis reddantur, mutuo eſſentiale eſt, *l.2.de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitate, natura quidem mutui continetur, ſed de ſubſtantia ſive eſſentia mutui non eſt, *l.3.eod.* Itaque prius pacto mutari non poteſt, quin in alium contractum res abeant. Nam ſi hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, ſed permutatio eſt, *l.pen. C. de rer.perm.* ſive contractus Do ut des, *l.5.§.1.de præſcr. verb.* Poſterius poteſt ſalvo manente mutuo, ad cujus ſubſtantiam hoc ſolùm requiritur, ut debeatur idem genus, *d.l.2.arg.d.l.3.* junct. *d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus ſint ſubſtantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi ſententia tradit Gab. Mudæus *tract. de contr.empt. part. 5. n. 13. & ſeqq.* Phil. Matth. *ad 17. de reg. jur.* Bellon. 1. *ſuppſit. c. 5.*

14 *Ut ex meo tuum fiat*] Bella hæc Juriſconſulti in *d.l.2.§. 2.* alluſio eſt, non vera hujus verbi originatio, quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Sicula μοῖτον deducit: *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum eſt, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipſum videtur eſſe ex μοὶ & τ pro τεὶν. Grot. *Flor. ſparſ.* De quo plura D. Salmaſius *lib. de uſur. c.* 1. Cave autem credas, quod idem ibidem aſſerit, in mutuo de meo tuum non fieri. Immo niſi de meo tuum fiat, non eſt mutuum, *d. l. 2. & paſſim. de reb. cred.* ſed vide notata ſub *§.ult.ſup.quib. alien. lic.* D. Cujac. 11. *obſ.* 37. à mutatione potius dictum exiſtimat, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epiſt. quadam ad Q. Metellum his verbis: *Quod autem ſcribis pro mutuo inter nos animo; quid tu exiſtimes eſſe in amicitia mutuum, neſcio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum *mutare* à Siculo μοιτᾶν ſuum feciſſe videntur Latini. D. Salmaſius *d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio] Mutuum contractus eſt μονόπλευρος, ex uno tantùm latere obligationem patiens, non ultro citroque; nam is ſolus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adverſus hunc mutuanti datur illa actio, quam Juſtinianus ait vocari certi condictionem. De hac condictione magna eſt, licet non adeo 15
magni momenti, quæſtio, utrum ſcilicet ſpecialis ea ſit, an generalis; id eſt, utrum condictio certi ex mutuo propriam & diſtinctam naturam ab aliis certis cōdictionibus habeat, an ſit ejuſdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque cauſa competant, ſub communi genere condictionis certi contineatur? Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem ſtatuentibus, unam ſpecialem, quæ competat ex cauſa mutui, (addunt aliqui & eam, quæ competit ex cauſa ſtipulationis, *inſ. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex cauſis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam ſuperiori, ut ſpeciem diverſæ naturæ, opponunt Accurſ. Bart. Caſtr. Jaſ. in *l.9. de reb. cred.* Cyn. Salic. ad *rubr. C. ſi cert. pet.* Poſterius verò Ultramontanis viſum eſt, qui unum dumtaxat commune genus certi condictionis agnoſcunt, ſub quo tam ea, quæ ex mutuo aut ſtipulatione, quàm quæ ex aliis cauſis competit, contineatur, & ejuſdem naturæ: quæ ſententia verior eſt, per *l.24. de reb. cred. l.5. §.4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred.* qui locus apertè oſtendit, in genere unam eſſe certi condictionem, in quo, quæcumque ſit cauſa petendi, petitio omnis certi conveniat, ſive petatur ex mutuo, ſive ex ſtipulatione, ſive ex cauſa legati, ſive ex cauſa furtiva &c. Quod ſi pro diverſitate cauſæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, condictionem certi diſtinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus ſpecies ſtatuendæ, quot ſunt cauſæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium eſſe, quod in ea inſtituenda ſpeciali modo concludendi utendum ſit, videlicet quia mutuavi: in cæteris verò ſpeciebus, & condictione certi generali ſufficere, ſi dicam me certum petere. Quod falſum eſt. Utique enim cùm, exempli gratia, centum peto ex cauſa legati, utorque in eo condictione certi,

Digitized by Google

concludere debeo, quia mihi legata, ut actio ſpeciem futuræ litis demonſtret, *arg. l. 3. C. de edend.* Zaſ. *ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & ſeq.* Don. *ibid. n. 4. & ſeq.* Gœdd. *de contr. ſtipulat. c. 11. concluſion. 2.* VINN. Rectè quidem dicitur condictionem certi eſſe actionem generalem, quæ ex omnibus cauſſis, unde certum debetur, competit. Sed tamen quum mutuum ſit contractus nominatus, cujus natura eſt, ut actionem producat cognominem; genuinum actionis ex hoc contractu naſcentis nomen eſt *actio mutui. l. 5. C. quib. non objic. long. temp. præſcr.* quemadmodum ex ſtipulatione *actio ex ſtipulatu*, quamvis illa ab obligationis qualitate *condictio certi*, hæc modo *certi*, modo *incerti* cognominetur. HEIN.

TEXTUS.

De indebito ſoluto.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici poteſt, ſi apparet, eum dare oportere, ac ſi mutuum accepiſſet. Vnde pupillus, ſi ei ſine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum eſt, non tenebitur indebiti condictione, non magis quàm mutui datione. Sed hæc ſpecies obligationis non videtur ex contractu conſiſtere, cùm is, qui ſolvendi animo dat, magis voluerit negotium diſtrahere, quàm contrahere.*

NOTÆ.

1. *Per errorem*] Rectè *per errorem*: nam qui ſciens ſe non debere ſolvit, non repetit, *l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind.* propterea quod donaſſe cenſetur, *l. 53. de reg. jur.* Errorem an facti dumtaxat intelligere debeamus, an etiam juris, *v. inf. de obl. quæ qu. ex contr. §. 6.*

Ac ſi mutuum accepiſſet] Quod Cajus ſic expreſſit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus. l. 5. §. 3. de obl. & act.* Unde Cujac. 8. *obſ. 34. & par. C. de cond. ind.* ſolutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. conſtant, promutuum vocat. Quod ſi aliæ res ſolvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non eſt: & agendum ſola conditione indebiti.

Non videtur ex contractu] Vid. *inf. de obl. quæ quaſ. ex contr. §. 6.*

COMMENTARIUS.

PEr occaſionem diſputationis de mutuo ſubjicitur hìc aliquid de indebito per errorem ſoluto, ut ex textu apparet. Habet enim ſolutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congeſſit Cujacius 8. *obſer.* 34. Duo hìc referuntur, ut ſtatim videbimus. Cæteroquin non eſt hujus loci proprium tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quaſi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non eſt ex vero contractu, ſed quaſi ex contractu oritur, ut demonſtrabitur ſuo loco. Planè ſi quis dubitans nominatim hac lege ſolverit, ut ſi poſtea appareret eſſe indebitum, redderetur, hoc caſu magis eſt, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur] Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid ſolutum ſit, ſive naturaliter datum & præſtitum ſolutionis cauſa, tamquam debitum.

Condictitia actio] Id eſt, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. ſi quis. 24. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & ſeq. inf. de act.*

Perinde ac ſi mutuum] Prima convenientia indebiti ſoluti cum mutuo ex duabus, quarum hìc fit mentio. Sic Cajus in *l. 5. §. 3. de obl. & act* ſcribit, eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus; ubi debitorum & creditorum nomen ſtrictè ad mutui dumtaxat cauſam refertur. Enim verò & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur *condictione certi*: cæterum pro cauſæ petendi diverſitate ſunt etiam hæ diverſæ ſpecies conditionis certi, *condictio ex mutuo*, & *conditio indebiti*: differunt enim mutuum & ſolutio indebiti ratione objecti; ſiquidem mutuum earum tantùm rerum eſt, quæ pondere, numero, menſura conſtant: ſolvi autem per errorem quaſi debita etiam quævis alia poſſunt, & ſoluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non ſatis cauſæ video, cur ſolutionem indebiti *promutuum* Cujac. vocet.

Vnde pupillus, &c.] Altera indebiti ſoluti cum mutuo ſimilitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam ſine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *l. 59. de obl. & act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; niſi ſolutione factus ſit locupletior, *l. 13. §. 1. de cond. ind.* quod generale eſt, *l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de dol. exc.*

Non videtur ex contractu] Ideoque melius à Cajo collocatur in earum claſſe, quæ quaſi ex contractu naſcuntur, *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Sed & à Juſtiniano ob hanc cauſam infra in eodem ordine reperita eſt, *tit. 28. hujus lib.* ubi nos etiam accuratius de ea diſputamus.

TEXTUS.

De commodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id eſt, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè diſtat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re* 1

ipſa

Digitized by Google

ipſa reſtituenda tenetur. Et is quidem, qui mutuum accepit, ſi quolibet fortuito caſu amiſerit, quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hoſtiumve incurſu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, ſanè quidem exactam diligentiam cuſtodiendæ rei præſtare tenetur, nec ſufficit ei, tantam diligentiam adhibuiſſe, quantam ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ſi modo alius diligentior poterat eam rem cuſtodire. Sed propter majorem vim, majoreſve caſus non tenetur, ſi modo non ipſius culpa is caſus intervenerit: alioqui ſi id, quod tibi commodatum eſt domi, peregre tecum ferre malueris, & vel incurſu hoſtium prædonumve, vel naufragio amiſeris; dubium non eſt, quin de reſtituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, ſi nulla mercede accepta vel conſtituta res tibi utenda data eſt: alioqui mercede interveniente locatus tibi uſus rei videtur. Gratuitum enim debet eſſe commodatum.

NOTÆ.

2. *Item is, cui res, &c.*] Ex Cajo *l. 1. §. 3. de obl. & act.*

Re ipſa reſtituenda] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l. 8. & 9. commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

Qui mutuum accepit, ſi fortuito caſu, &c. Tum quia res regulariter perit ſuo domino, *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor eſt, quod perire non poteſt, *l. 11. C. ſi cert. pet.* nam genus non eſt quid materiale, ſed intellectuale, quod paſſionem non recipit.

Modo alius diligentior] Continet hic locus deſcriptionem diligentiæ ſummæ, cui opponitur culpa leviſſima, id eſt, cùm quis alias mediocriter diligens in eo peccat, quod vir diligentiſſimus vitare potuiſſet. In ſumma commodatarius præſtat & dolum & omnem culpam. Excipe ſpecies in *d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. præc. commod.*

Nulla mercede] Commodare enim officii eſt & humanitatis, *l. 17. §. 3. commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quod peto, mercator paratus eſt: ſive quod humanius eſt, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ ſunt vincula amicitiæ, *l. 1. §. ult. mand.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit commodare, & quid commodatum differat à precario?*
2 *Contractuum quoſdam eſſe μονοπλεύρους, quoſdam διπλεύρους, alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præſtari; caſum fortuitum in nullo, & quid utrumque? tum an periculi nomine ſemper caſus veniat?*
5 *Inter caſus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent: & qui iſti caſus?*
6 *Quibus ex cauſis ceſſet regula de caſibus fortuitis non præſtandis?*
7 *Culpa quid & quotuplex? plenius quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, quæ & dolo proxima?*
9 *Quid culpa levis?*
10 *Quid leviſſima? ubi & alia minus trita.*
11 *Latam culpam non minus, quàm dolum, in omnibus contractibus præſtari, rejecta Zaſii diſtinctione.*
12 *Qui contractus dolum dumtaxat recipiant? qui verò & culpam? Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præſtet, & diligentiam?*
13 *Poſitivos*, exactus, diligens *ſæpe pro ſuperlativis*, exactiſſimus, diligentiſſimus, *in hac diſputatione poni, & contra.*
14 *Quam culpam præſtet commodatarius?*
15 *Quando culpa à commodatario abeſſe intelligatur?*
16 *Commodatum propriè nullum niſi gratuitum.*

SEcunda ſpecies obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ *hoc tit.* recenſentur, eſt obligatio commodati. Commodare eſt rem ali- 1
cui gratis certo modo utendam dare. Eſt rem utendam dare: proinde non tantùm res mobilis, ſed etiam ſoli commodari poteſt, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari poſſe placuit, *l. 1. §. 1. commod. l. 17 in pr. de præſcr. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, ſed uſus tantùm accipienti ad tempus conceditur ſalva rei ſubſtantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, ſed etiam poſſeſſionem retinemus, *l. 8. ff. h. t.* Ex quo intelligimus, id quod uſu conſumitur, commodari non poſſe, niſi forte dicis cauſa ad pompam vel oſtentationem, *l. 3. §. ult. l. 4. commod.* Quamquam auctores aliquando etiam in iſtiuſmodi rebus hoc verbum uſurpant, pro mutuo dare ſcilicet. Cicero *Verrin. 5. commodaſti tritici modios ſexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere, D. Salmaſ. *cap. 7. de uſur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipſam rem, quam accepit, finito uſu reſtituere debere. Adjecimus *gratis*, quia niſi gratuito res utenda concedatur, commodatum non eſt, ſed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique conſulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam ſic dictum putant, quaſi cum modo datum) diſcerneremus à precario, quo quidem & ipſo res utenda datur & gratis, ſed ſimpliciter, non ad certum uſum, cujus rei hic effectus eſt, ut precarium ſtatim cùm videtur, revocare liceat, etiam tunc cùm ad certum tempus datum eſt; commodatum non liceat, niſi finito tempore utendi præſcripto, *l. 1. l. 2. l. 12 de precar.* junct. *l. in commodato. 17. §. 3. commod.* Et quia precarium numquam tranſit in

Digitized by Google

neceſſitatem obligationis, inde eſt, quod nec ulla jure civili eo nomine actio eſt, ſed interdictum de precario introductum, *l.14. de precar. l. 14. §. 11. de furt.* quod tamen ceſſat, cùm quis de re ſibi reſtituenda cautum habet, *l.15.§.3. de precar.* & tunc aget precario dans vel ex ſtipulatu, ſi ſtipulatione ſibi caverit; vel præſcriptis verbis, ſi pacto, *l.2.§. 2. l.19.§.ult. eod.* ubi vocatur condictio incerti, quia condicitur poſſeſſio rei precario rogatæ. vid. *l.15.§.1. l. qui exceptionem. 40 §.1. de condict. indeb.* Planè ipſe commodatarius quovis tempore rem reddere poteſt: quippe cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

Re obligatur] Commodare non eſt convenire de re utenda danda, quod nudum pactum eſt, ſed utendum dare & tradere; unde ſatis intelligitur, ſi qua hìc contrahitur obligatio, eam non ſolo conſenſu contrahi, ſed re, *l. 1. §.3. de obl. & act.*

Commodati actione] Directa ſcilicet. Poteſt enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adverſus commodantem, quæ contraria dicitur, ſicut in depoſito quoque & pignore uſu venit, item in mandato, negotiis geſtis, tutela; de quibus inf. ſuis locis. Nimirum, quod
2 hìc notandum eſt, contractuum quidam ſunt *μονόπλευροι*, qui ex uno tantùm latere obligant: quidam *δίπλευροι*, qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec ſemper unus, nec ſemper uterque obligatur: quamvis & hi inter *διπλεύρους* numerentur, *ſup. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis ſunt mutuum & ſtipulatio, quorum ea natura eſt, ut & ab initio ex uno tantùm latere obligent, eum ſcilicet, qui accepit aut promiſit, nec ex poſtfacto conditionem mutent. Secundi generis ſunt emptio, locatio, ſocietas; ex quibus ſtatim mutua naſcitur obligatio. Eſtque in his par utriuſque contrahentis in obligatione conſtituenda ratio. Intermedii generis ſunt commodatum, depoſitum, pignus: qui contractus natura comparati ſunt ad unum dumtaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant; ſed fit tamen in his ſæpe ex poſtfacto & accidenti, ut contra ille quoque qui dedit accipienti obligetur, veluti ſi accipiens in rem acceptam neceſſarias impenſas fecerit, aut per cauſam rei damnum paſſus ſit, quas impenſas refundi damnumque ei ſarciri æquum eſt, *l. in commodato. 17. §.3. in rebus. 18. §. 2. l. pen. commod. l. ſi ſervus. 31. de pign. act. l. 5. depoſ.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depoſitarius, creditor pigneratitius tenentur, ut ſcilicet rem quam acceperunt reſtituant, nomen *directarum* acceperunt: quæ verò ex contrario ipſis accommodantur, de indemnitate eorum adverſus commodantē, deponentem, debitorem, *contrariæ* dictæ ſunt. Unde *tit. commodati vel contra, depoſiti vel contra*, &c. Idem quoque uſu venit in mandato, & quaſi contractibus mādato ſimilibus, negotiorum voluntaria adminiſtratione, & tutela, *l. 5. pr. & §. 1. de obl. & act.* Contrariæ actiones præter pecuniariam commendationem ejus, quod agenti abeſt, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, ſed tantùm de indemnitate actoris; unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla cauſa fit infamis, *l. 5. depoſ. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. §. pen. infr. de pœn. temere litigant.* VINN. Singulare quid obſervatur in actione mandati contraria, ex qua damnatus mandans fit infamis eo caſu, ſi quis mandante illo fidejuſſit, & ille tamen indemnitatem præſtare tenuit, *l.6.§.5. ff. de his qui not. infamia.* HEIN.

Ab eo qui mutuum accepit.] Notantur ex Cajo 3
l.1.§.4. de obl. & act. duæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima eſt, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis; is verò qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *l.8. & ſeq. commod.* cui proinde eadem res in ſpecie ſeu eadem eodem numero finito uſu reſtituenda ſit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amiſſione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio ſub *princ. hujus tit.* indicata eſt: commodatarius verò liberetur, ſi res ſine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui ſpeciem aliquam debent, *l.5. de reb. cred. l. ſi ex legati. 23. de verb. obl.*

Sanè quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantùm, ſed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæſtio diffuſa & perquam difficilis, cujus ſedes in ff. eſt *l. contractus. 23. de reg. jur. l.5. §.2. commod.* In Inſtitutis hoc potiſſimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in propoſito ſtatuendum eſſe, ſi dolo malo, aliud ſi culpa debitoris, aliud ſi caſu fortuito quid eorum, quæ diximus, contigerit. De dolo & caſu facilis præceptio eſt, culpæ difficilior explicatio. Dolus eſt occulta machinatio conſulto ad nocendum alteri 4
adhibita, *l.1.§.2. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt, ſive, quod idem valet, in omni contractu dolus præſtatur, *d.l.5.§.2. commod. d.l.23. de reg. jur.* Cujus definitionis hæc ſententia eſt. Quicquid quovis in contractu dolo malo factum eſt à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum eſſe debitoris, perindeque eum teneri, ac ſi nihil eorum accidiſſet. Adeo autem in omni judicio dolus præſtatur, ut nec conventione contrarium effici poſſit, videlicet ne dolus præſtetur, cùm talis conventio ſit contra bonos mores, invitetque ad delinquendum, *d.l.23. de reg. jur. l. 1. §. illud. 7. depoſ. l. ſi unus. 27. §. 3. & 4. de pact.* Planè de præterito dolo paciſci licet, & actionem quæſitam remittere, *l. 7. §. ſi paciſcar. 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Caſus fortuiti contraria definitio eſt: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præſtatur, ita contra caſus fortuiti nullo judicio & à nemine præſtari dicuntur, *d. l.23. de reg. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non ſunt ad excludenda judicia ſtricti juris, per *l. 23. de verb. obl. l. 5. de*

reb.

Digitized by Google

reb. cred. ſed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus ſolius debitoris utilitas verſatur, cujus generis eſt commodatum. Nam ſi hic non præſtatur caſus, multo minus illic præſtari debet, ubi ſolius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus ſit ſtricti juris, ut bene Don. *ad d. l. 6. num.* 21. Caſum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non poteſt, aut cui præviſo non poteſt reſiſti, *l. in rebus.* 18. *commod. l. ex conducto.* 15. §. 2. *locat. d. l. 6. C. de pignor. act.* Alio generali nomine caſus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. ſi merces.* 25. §. *vis major.* 6. *locat. l. 1. §. 4. de obl. & act.* item factum & damnum fatale, *l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum ſimil.* Qui verò periculum dicit, is quidem plerumque etiam caſum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17 §. 1. 2. pen. de præſcr. verb. l. 12. & 2. ſeqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. C. de pign. act.* ſed non ſemper. Nam interdum etiam periculo noſtro res eſſe dicitur, in qua culpam præſtare & maximè leviſſimam nos oportet, non etiam caſum improviſum, *l. 13. §. 1. de lib. ca. l. qui mercedem.* 40. *locat. l. non ob eam.* 25. *pro ſoc. l. 14. §. qualis.* 16 *de furt. l. 1. §. ſæpe.* 35. *depoſ. l. 3. pr. naut. caup. ſtab.* & paſſim hæ phraſes occurrunt, *periculum cuſtodiæ ſubire, periculo culpæ vel negligentiæ ſubjici, adſtringi, illigari, l. un. §. 4. furt. adv. naut. l. tutores.* 39. §. *tutores.* 12. & *l. ſeq. de adm. tut. d. l. 1. §. ſæpe.* 35. *depoſ.* Sed & appellatione caſus interdum negligentia ſignificatur. Cajus ſcribens ad legem duodecim tabb. *Caſu*, inquit, id eſt negligentia, *l. 9. de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur *l. capitalium.* 28. §. *incendiarii.* 12. *verſ. nam fortuita. de pœn.* & ita capc *l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. eod.* Caſus fortuiti varii ſunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æſtus, frigoris, & ſimilium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Noſtri vim divinam dixerunt, Græci θεῦ βίαν, *l. ſi merces.* 25. §. *vis major.* 6. *locat.* item naufragia; aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chaſmata, incurſus hoſtium, prædonum impetus, &c. fugæ ſervorum, qui cuſtodiri non ſolent. Quæ ſpecies paſſim occurrunt, *d. l. 23 de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *l. ad eos.* 19. *commod. l. ſi ea.* 31. *de act. empt. l.*
5 *ſed de damno.* 41. *locat.* Ad caſus autem fortuitos non ſunt referendi illi caſus, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent: cujuſmodi ſunt furta, *l. cum duobus.* 52. §. 3. *pro ſoc. l. 14. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinſecus orta, *l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amiſſam, vel incendio, verbi cauſa ſervorum negligentia orto, conſumptam dicit, is diligentiam ſuam probare debet. Quod verò incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à graſſatoribus vel incendiariis immittitur, id inter caſus fortuitos numerari debet. Vid. Gail. 2. *obſ.* 21. Sande *lib. 3. tit. 6. num.* 9. Fachin. 1. *cont.* 87. Don. *ad l. 6. C. de pignor. act. num. 6. & 3. ſeqq.* Sichard. *ibid. num.* 4. Moller. 4. *ſemeſtr.* 31. D. Tuld. *in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap.* 8. Porro regula de caſibus fortuitis non præſtandis propoſita, certa & perpetua eſt; 6
ubi nihil ampſius debitori objicitur, quàm caſus fortuitus: ceſſat autem, ſi aut mora caſum præceſſerit, aut debitor rei periculum in ſe ultro ſuſceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus eſt, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet ſententiam: Si res debita poſt moram à debitore factam perierit, ipſius id detrimentum eſſe, perindeque eum perpetuo teneri, ac ſi res adhuc extaret, *l. 23. de verb. oblig. l. nemo.* 82. §. 1. *l. ſi ſervum.* 91. §. 3. *eod.* add. Chriſtin. *volum.* 2. *dec* 117. Conventio quoque in negotio gerendo interpoſita de caſu præſtando facit, ut debitorem damna fatalia ſequantur, *l. 1. §. ſæpe.* 35. *depoſ. l. 23. de reg. jur. l. 1. C. depoſ.* Medium inter duos illa extrema, dolum & caſum fortuitum, culpa eſt. Hæc neque unius eſt generis, neque quævis à quovis debitore præſtatur. Proinde quæſtio de præſtatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid ſit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ ſpecies quibus in contractibus præſtentur. Culpam definio omne factum inconſultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omiſſum neglectumve eſt, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa eſt, *l. ſi ſervum* 91. *pr. de verb. oblig.* ſicut è contrario & negligentiæ adſcribitur, quod temere & inconſultè quis agit. Dicimus *factum inconſultum*, ut culpam ſecernamus tum à dolo, tum à caſu fortuito. A dolo, quia dolus non eſt ſine conſilio & propoſito nocendi, culpa eſt ἀπροαίρετον. A caſu fortuito, quia quod conſideratè & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti conſilio caveri poteſt: unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. *ſeq. hoc tit. l. 1. §. is quoque.* 5. *de obl. & act. l. ſocius. ſocio.* 72. *pro ſoc. l. cedere diem.* 213. §. *ultim. de verb. ſign.* Græcis ἀμέλεια. Damna autem fatalia nec conſilio ſe regi patiuntur, nec humana prudentia averti poſſunt. Addimus *injuria*: nam quod jure permittente fit, non magis delictum eſt, quàm id factum, quod alii non nocet, *l. Gracchus.* 4. *C. ad leg. Jul. de adult.* Species culpæ quot ſint, & quid ſingulæ, in libris juris, quos habemus, ex profeſſo traditum aut explicatum non eſt; meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & leviſſimæ. Quamobrem tres hasce culpæ ſpecies, aut ſi mavis gradus, faciemus iiſdem appellationibus inter ſe diſtinctas, latam, levem, leviſſimam: nam & ex adverſo tot ſunt ſpecies ſeu gradus diligentiæ. Eſt enim diligentia quædam minima ſeu infima; eſt media, μέσην ἀμέλειαν: eſt & maxima, quam Græci μεγάλην, item ἄκραν, & ἀκριβεστάτην appellant. vid. Scholiaſt. Harmenop. *lib. 6. tit.* 2. Latam culpam è regione oppo-

Vinnius in Inſtitut.

Digitized by Google

8 nimus infimo gradui diligentiæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, quam omnes homines ſuis rebus adhibere ſolent: aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa eſt, qui non proſpicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo ſenſu communi præditi ſunt, provident, & intelligunt, ſe cavere aut curare debere, *dict. l. cedere diem. 213. § ultim. l. latæ. 223. de verbor. ſign. l. quod Nerva. 32. depoſ. l. penult. §. 2. de jure & fact. ign.* veluti ſi quis noctu ædium oſtia aut feneſtras, per quas de plano intrari poteſt, apertas reliquerit: aut ſi quis rem fidei ſuæ commiſſam in loco publico aut eo, quo quivis accedere poteſt, incuſtoditam jacere patiatur, credens neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, ſi quis rem, quam vendere debebat, corrumpi paſſus ſit, *l. mulier. 22. §. 3. ad ſen. Trebell.* item putator arboris, qui non proclamans ramum in viam publicam dejicit, eoque ictu prætereuntem interficit, *l. 7. ad leg. Corn. de ſicar.* Alia exempla hujus culpæ habes in *l. 8. §. ultim. & l. 29. §. 3. mand.* In ſumma, quicumque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in ſua faceret, hujus culpæ reus eſt. Dicitur & culpa latior, *d. l. 32. depoſ.* gravior, *l. homo liber. 54 §. 2. de acquir. rer. dom.* Item lata, magna, craſſa, ſupina, diſſoluta negligentia, *l. magna. 226. de verbor. ſign. l. 7. §. 2. de adm. tut. l. 7. §. 1. de ſuſp. tut. l. 29. princ. mand. l. cum ſex. 55. de ædil. edict. l. 6. de jur. & fact. ignor.* & paſſim per periphraſim culpa dolo proxima, *l. 4. de mag. conv. l. cùm res. 47. §. pen. de legat. 1. l. 8. §. 3. de precar. l. 22. §. 3. cum*
9 *ſimilibus*. Levem culpam opponimus diligentiæ mediæ, ut intelligatur eſſe omiſſio ejus diligentiæ, quam hominum natura deſiderat, id eſt, mediocris, & quam vulgo homines frugi ſuis rebus adhibere ſoliti ſunt, *argum. d. l. 32. depoſ.* aut id admiſſum in re aliena, quod diligens paterfam. non committeret in re ſua. Et ideo in jure noſtro non exigitur ad conſuetudinem hominis diligentiſſimi, ſed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text. l. 1. §. 4. de oblig. & act. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. famil. erciſc. l. 1. de tut. & rat. diſtr. l. 17. de jur. dot. l. ſocius ſocio. 72. pro ſo[illegible] §. 3. ad Trebell.* modo ne nimium negligens ſit in ſuis quoque rebus verſetur: nam in abſtracto hoc magis conſideratur, quàm in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. ſuis rebus præſtare conſuevit, non qualem unus è multis, ſed qualem magna pars patrumfam. *l. quod ſæpe. 35. §. ſi res. 4 de contr. empt. l. 14. de pign. act. l. 11. de peric & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, ſi quis verbi gratia, non clauſerit feneſtras altiores, quàm ut de plano intrari poſſint, & fures admotis ſcalis ingreſſ. fuerint: aut ſi incendium domeſticorum negligentia exortum ſit, quod adhibita conſueta boni patrisfamilias diligentia præcaveri potuiſſet. *l. 11. de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, *l. imperitia. 132. de reg. jur. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil. l. 9. §. pen locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, ſeu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpa habendam, *l. 9. § 5. l. 13. §. 5. locat. l. 12. de furt.* in aliis pro leviſſima. Denique huic culpæ obnoxius eſt, quicumque non providet, quodcumque à diligente provideri potuit, *l. ſi putator. 31. ad leg. Aquil.* Hæc ſpecies fere in uſu juris ſola ſignificatur, quoties verbum culpæ abſolutè ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre eſt, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de neg. geſt. l. hæredes. 25. §. non tantū. 16. fam. erc. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. ſæpe. 35. depoſ. l. ſocius ſocio. 72 pro ſoc. l. in rebus. 17. de jur. dot. l. 5. l. 8. C. de pign. act. cum ſimil.* Leviſſimam culpam 10
opponimus diligentiæ ſummæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, quam vigilantiſſimus quiſque atque attentiſſimus paterfam. ſuis rebus adhibet, *l. in rebus. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act l. 3. de peric. & comm. rei vend. §. 1. inſ. de obl. quæ quaſ. ex contr.* aut id commiſſum in re aliena, quod diligentiſſimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præſtat, non excuſabitur, ſi eam rebus alienis diligentiam præſtiterit, quam aut ipſe aut plerique ſuis rebus adhibere ſolent, modo quis alius diligentior, majori cura adhibita damnum, quod illatum eſt, vitare potuerit; nam ad exactiſſimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text. d. §. 1. in fin. inſ. de obl. quæ qu. ex cont. d. l. 1. §. 4. de obl. & act. d. l. 18. comm. d. l. 72. pro ſoc. §. ult. inſr. de ſociet.* Exempli gratia, non carebit culpa leviſſima ſi quis feneſtras verſus publicum remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Leviſſimæ culpæ mentio fit *l. in lege. 44. ad leg Aquil.* paſſim per oppoſitum indicatur verbo diligentiæ aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur, *d. l. 5. §. 2. commod l. 23. de reg. jur. l. cum res 47. §. pen. de legat. 1.* Etſi verò non omnis culpa ejuſdem gradus ſecundum hanc diſtinctionem æqualis eſt: nam qualitas facti & circumſtantiæ ſemper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus, certis terminis circumſcribi nequeat; tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis ſufficere trium graduum diſtinctio, ut bene oſtendit Decian. *lib. 1. tract. crim cap. 6.* & Pet. Fab. *ad l. contractus. 23. de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap.* 8. cùm varia hæc ſint atque incerta, nimiſque vaga, quàm ut ſingula ſcientiæ & perpetuis regulis ſubjici poſſint, magiſque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis ſufficienter inſtrui poſſe, iiſdemque arbitrium illius dirigendum. Reſtat nunc ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, 11
perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præſtari placet: non quod revera & facti genere dolus eſt; contrarium enim oſtendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo apertè diſtinguitur, *l. 22. §. 3. ad Trebell. l 7. ad leg. Corn. de ſic. l. tutori. 20. C. de neg. geſt. l 7. C. arb. tut.* ſed quia pro-

pe

Digitized by Google

pe fraudem ac dolum accedit, *l. ſi fidejuſſor.* 29. *mand.l.*7.§.1. *de ſuſp.tut.* & doli ac malitiæ quaſi conſanguinea eſt: unde etiam paſſim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam ſeu magnam culpam dolum eſſe, *l. quod Nerva.* 31. *depoſ. l.* 226. *de verb. ſign.* dolum accipi debere etiam latam culpam, *l.* 5.§. *dolum.* 15. *ut in poſſ. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere, *l.*1.§. *is quoque.*5. *de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum eſt: quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræſentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celſus ſcribit, eum, qui lata culpa peccat; fraude non carere, in eo reſpicit ad violentam præſumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim eſt diſtinctio Zaſii inter latam culpam ignaviæ & verſutiæ, quamvis eam probet Mynſ. *in* §. *ſuſpectus.*6. *ſup. de ſuſp. tut.* nam verſutiæ culpa quid aliud eſt revera, quàm dolus, quàm malitia? quid latinis *verſutus* aliud, quam homo callidus, qui ſeſe alterius decipiendi gratia in omnes ſpecies vertit? Ex hac porro interpretatione eſt, quod quotieſcumque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiã lata culpa intelligatur, etiamſi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis, *ſolùm, dumtaxat,* &c. *l.*3.§.1. *naut.caup.ſtab. l.*5. §.2. *commod. l.*23. *de reg.jur. l.*1.§. *ult.depoſ. l.*1.§.1. *ſi menſ. falſ. mod. l.*8. §.3. *de prec. l. ſervus.*108.§ *cum quidam.*12. *de legat.* 1.§. *ſeq. hoc tit.* cum ſimilibus. Atque hoc etiam procedit in cauſis famoſis, & nonnumquam etiam cùm ex cauſa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l.*11.§. *ult. de his qui notantur infam. l.* 7. §. 1. *de ſuſp. tut. l.* 1.§. 2 *ſi is qui teſt. lib. l. pen. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui ſimpliciter negant, in cauſis famoſis & delictis latam culpam dolo comparari, per *l.*3. *cum* 2. *ſeqq. de ſerv. corrupt. l. in furti.*50.§ *ult. de furt.* add. quæ nos ſub § *ſuſpectus.*6. *de ſuſp.tut.lib.*1. *tit ult.* Planè in cauſis criminalibus, & præſertim capitalibus, hæc comparatio ſive doli & culpæ exæquatio locum non habet: ſed in his placet, dolum ſolum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coerceri, *l.*7. *ad leg. Corn. de ſicar.* niſi forte res ſit mali exempli. Quo caſu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l.*3.§.2. *d.tit. l. ſi quis.*38.§. *qui abortionis.*5. *de pæn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus ſignificat malum propoſitum, quo propoſito deficiente, plerumque nec delictum eſt; veraque malitia in his requiritur; ut verba quoque propriè ac naturaliter accipienda ſint, non fictè aut civiliter. Levis & leviſſimæ culpæ alia ratio eſt. Harum neutra in omnibus contractibus præſtatur, ſed in quibuſdam dumtaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui do-
12 lum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantùm recipiunt: ſunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps uſum juris ſequentes culpam ſimpliciter appellabimus: ſunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præſtatur etiam culpa leviſſima; quod more veteribus uſitato contrarie rei præſtatione nimitum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & diſtinctio jure communi comprobata eſt, ut ſi quidem tale ſit negotium, in quo ejus, qui quid ſuſcepit, nulla verſatur utilitas, aut in quo debitor officii eſt debitor, quale eſt depoſitum, tum dolus ſolus præſtetur. Ubi verò utriuſque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, ſocietate, rerum communione, ibi præter dolum præſtetur & culpa. Quod verò utilitatem ejus dumtaxat qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque eſt commodatum, in eo & culpa præſtetur & diligentia, *l.* 5. §. 2. *l.* 10. *l. in rebus.* 18. *commod. l. in navem.* 31. *circa fin. locat.* Quæ regula ſervata eadem diſtinctione accommodanda quoque eſt contractibus innominatis; *dict. l.* 10. §. 1. *commod. l.* 17. §. 1. & 2. *de præſcr. verbor.* item legatis ac fideicommiſſis, quatenus natura eorum id patitur, *d. l. ſervus.* 108. §. *cum quid.* 12. *de legat.* 1. junct. *l. cum res.* 47. §. *pen. eodem. l. mulier.* 22. §. 3. *ad Trebell.* Quod verò ejus, qui precario rogavit, item agrimenſoris dolus tantùm coercetur, id ſpecialem rationem habet, *l.* 8. §. 3. *de precar. l.* 1. §. 1. *ſi menſ. falſ. mod.* ut & illud, quod placet, nautas, caupones, ſtabularios in eo, quod receperunt, pluſquam culpam præſtare, *l.*3. §. 1. *naut. caup. ſtab.* Cæterum prædicta diſtinctio ita obtinet, ſi nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus ſervanda eſt, excepto ſi placuerit, ne dolus præſtetur; *l.* 23. *de reg. jur.* Finge enim conveniſſe, ut in depoſito culpa quoque præſtaretur, aut in commodato dolus tantùm; nec minus, nec plus, quàm quod placitum eſt, præſtabitur, *l.* 1. §. *ſi convenit.* 6. *depoſ. l.* 1. *C. eod. l.* 5. §. *interdum.* 10. *commod.* Poſſunt verò & ſine conventione juſtæ cauſæ intervenire, ob quas placeat, etiam officii debitorem culpam præſtare. Veluti ſi officium ſit publici muneris, ut tutela & cura, *l.* 1. *de tut. & rat. diſtr. l.* 7. *C arb. tut.* aut ſi quis ſe negotio obtulit, veluti ſi depoſitarius, cùm dominus rem ſecum ferre aut apud alium relinquere conſtituiſſet, eum ultro hortatus ſit, ut apud ſe potius deponeret; quo caſu non ſolùm culpa, ſed etiam cuſtodia & diligentia in depoſito præſtanda, *l* 1.§. *ſæpe.*35. *depoſ.* Eodem numero & negotiorum geſtor voluntarius & mandatarius quoque haberi poteſt, *l.*11. *de neg. geſt.* §. 1. *in fin. inf. de obl. quæ quaſi ex contr. l.* 23. *de reg. jur. l.* 13. *l. in re.* 21. *C. mand.* Hæc ſuis locis in progreſſu ſingulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hìc obiter notandum, non eodem ſenſu dici præſtare diligentiam, & præſtare dolum, culpam, caſum fortuitum. Cùm enim diligentiam præſtandam eſſe dicimus, eo ſignificamus, diligentiam eſſe adhibendam: cùm dolum, culpam, caſum fortuitum, non adhibenda hæc, ſed removenda eſſe, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones ſunt præſtare dolum, præſtare culpam, præſtare caſum aut fatum, pro præſtare damnũ, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum ſolam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, conſequens eſt diſtinctioni *d. l. 5. §. 2. commod.* quod & eodem loco expreſſum eſt, à commodatario & culpam præſtari & diligentiam, id eſt, in commodato venire culpam non modo levem, ſed etiam leviſſimam: ſiquidem, ut ſupra demonſtravimus, diligentiæ verbo culpæ oppoſito in uſu juris plerumque exactiſſima ſignificatur. Cajus *l in rebus. 18. eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præſtanda eſt, qualem diligentiſſimus quiſque paterfamil. rebus ſuis adhibet*: Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactiſſimam diligentiam cuſtodiendæ rei*
13 *præſtare compelli*, *l. 1. §. 4. de obl. & act.* Juſtinianus exactam diligentiam dixit, ſed eodem planè ſenſu, ut apparet ex eo, quod mox ſubjicit, non ſufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam ſuis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius cuſtodiri potuerit. Sic Conſtantinus in *l. 21. C. mand.* exactum officium dixit, pro exactiſſimo. Ulpianus diligentem cuſtodiam pro diligentiſſima, *d. l. 5. §. cuſtodiam. 5. commod* Paulus diligentem patremfam. pro diligentiſſimo, *l. hæres. 25. §. non tantum. 16. fam. erc.* Quemadmodum vice verſa ſuperlativus nonnumquam pro poſitivo ponitur; quod æſtimandum ex natura contractus. Juriſconſulti enim non ſemper eodem modo loquuntur. Quod ſi proponas, aliquem ſua duntaxat gratiâ, quod interdum fit, commodaſſe ſponſæ forte vel uxori, quo honeſtius culta ad ſe deduceretur, dolus ſolus præſtabitur, ut in depoſito, *d. l. 5. §. interdum. 10. commod.* Quod ſi ſua & commodatarii gratia, quod item fieri poteſt, culpa æſtimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus. 18. in fin. pr. eod.*

14 *Si modo alius diligentior*] Hinc tria elicimus. 1. ſi commodatarius ad communem modum diligens in rebus ſuis eadem diligentia tractaverit res alienas; tamen hoc non ſufficere ad eum excuſandum, cùm alius diligentior rem cuſtodire potuiſſet. 2. Si commodatarius ipſe ſit ſummè diligens, nihil amplius ab eo exigi, quàm ut eandem diligentiam, quam ſuis rebus præſtat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cùm major ab alio expectari non poſſit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non ſit, ſed natura in ſuis rebus ignavior, licet aliquando diligentius verſetur in rebus commodatis, quàm in ſuis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, ſi alius diligentius curando rem ſervare potuit.

Majoreſve caſus non tenetur] Caſus fortuiti nullo in contractu præſtantur, *l. contractus. 23. de reg. jur. l. 23. de verb. obl.* nec ſi ſolius debitoris utilitatem contineat; quale eſt commodatum, *l. 5. §. 4. l. in rebus. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam cauſam dubitati potuit; & videtur ad removendam iſtam dubitationem pertinere, quod præſcriptum eſt *l. 6. §. de pign. act.* caſus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præſtari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

Si non ipſius culpa] Culpa abeſſe intelligitur, 15
ſi re commodata uſus ſit juxta præſcriptum in utendo modum. Itaque ſi alicui in hoc res commodata ſit, ut eam peregre ſecum ferret, iſque incurſu hoſtium aut latronum vel naufragio rem amiſerit, non tenebitur. At ſi cui, exempli gratia, quaſi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is ſi id peregre ſecum portaverit, caſum naufragii, impetum hoſtium, latronum, piratarum, præſtare debebit, *d. l. 18. commod. d. l. 1. §. 4. de obl. & act.* Si res commodata uſu deterior facta ſit, ita commodatarius non tenetur, ſi ea uſus ſit in eam rem, in qua utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti ſi equus uſque ad certum locum utendus datus in ipſo itinere deterior factus ſit ſine culpa commodatarii, *l. 10. l. ult. commod.*

Si nulla mercede] Commodatum niſi gratuito 16
non contrahitur. Commodare enim officii eſt & liberalitatis, *l. in commodato. 17. § 3. d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ ſunt vincula amicitiæ, *l. 1. § ult. mand.* Cùm igitur merces pro uſu rei datur aut conſtituitur, non commodatum, ſed locatio eſt: aut ſi non ſtatim merces conſtituatur, nec tamen gratis res utenda detur, ſed eo animo, ut tantum mercedis nomine præſtetur quantum poſtea definiri placuerit, contractus innominati genus eſt, *§. 2. inf. locat. l. ſi polienda. 22. de præſcr. verb.*

T E X T U S.

De depoſito.

3 *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depoſiti: quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur. Sed is ex eo ſolo tenetur, ſi quid dolo commiſerit: culpæ autem nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque ſecurus eſt, qui parum diligenter cuſtoditam rem furto amiſerit: quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam tradit, non ei, ſed ſuæ facilitati id imputare debet.*

N O T Æ.

3. *Actione depoſiti*] Directa: nam contrarium judicium depoſitario datur ad conſequendam indemnitatem, *d. l. 5. pr.*

Culpæ, &c. ac negligentiæ non tenetur] Extra quam ſi convenerit, ut culpa quoque præſtetur, aut ultro ſe depoſito obtulerit, *l. 1. §. 6. & 35. depoſ.* quoties autem culpæ aut negligentiæ ſimpliciter mentio ſit, levis culpa ſignificatur, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro ſoc. cum ſimil.*

Com-

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit depoſitum, & an etiam conſiſtat in re immobili?*

2 *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depoſitarius eam pro arbitrio reſtituere poſſit?*

3 *Ad quid depoſitarius teneatur?*

1 TErtia ſpecies obligationis, quæ re contrahitur, eſt ex depoſito. Deponere eſt, rem alicui, qui gratis hanc operam ſuſcipiat, cuſtodiendam dare, *l. 1. depoſ.* In eodem ſignificatu utimur & verbo commendare, *l. Lucius. 24. eod. l. commendare. 186. de verb. ſign.* Rem hic intelligimus, ſive ea certa ſpecies ſit, ſive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius. 24. & ſeq. §. 1. eod.* In quo depoſitum differt à commodato, *l. 3. §. ult. commod.* An verò quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium eſt, *l. 1. §. ult. dict. tit.* ita & depoſitum in his conſiſtere poſſit, quæritur DD. comm. id negant, argumento ſumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. l. 1. depoſ.* num quod nullum depoſiti rei immobilis exemplum in jure noſtro extet: poſtremo quod cura rei immobilis in ſpeciem mandati tranſeat, *argum. l. 5. §. ſed ſi 4. de præſcr. verb.* Intelligunt autem depoſitum non in genere, ſed in ſpecie dictum: nam in ſequeſtrationem quæ depoſiti quoque in genere ſumpti ſpecies eſt, *l. 5. & ſeq. l. licet. 17. depoſ.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l. 7. §. ult. qui ſatiſd. cog. arg. l. un. C. de prob. ſeq. pec. cap. 1. de ſequeſtr. Clement. un. eod.* quod ipſum tamen ſuperiora argumenta elevare videtur. Nam ſi res immobilis, de qua controverſia eſt, rectè deponi dicitur, cùm ea à litigatoribus aut judice ſequeſtro collocatur, atque ex ea depoſitione ei, qui vicerit, actio depoſiti ſequeſtraria competit, cur non ſimiliter res immobilis non litigioſa deponi dicatur, cùm ea à domino alicui cuſtodienda traditur, ut hìc quoque in eum, qui id recepit, actio depoſiti detur, utut fortaſſis ea res depoſiti communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l. 5. §. 4. de præſcr. verb. l. Lucius. 24. depoſ.* Addidi, *qui gratis hanc operam ſuſcipiat.* Nam ut commodatum, ita quoque & depoſitum gratuitum eſſe debet: illic dans officium præſtat, hic accipiens. Si merces promiſſa ſit, depoſitum eſſe deſinit, & aut locatio eſt, aut incerti contractus genus, *l. 1. §. ſi veſtimenta. 8. & §. ſeq. depoſ.* VINN. Immo videtur rei immobilis commendatio modo mandatum, modo depoſitum eſſe, aliquando utramque ſimul. Præcipua hìc inſpectio eſt, utrum mandato commendatio cuſtodiæ, an cuſtodiæ commendationi mandatum de ſuſcipienda adminiſtratione acceſſerit. Hujuſmodi enim contractus qui mixtam cauſſam habent ex principali, à quo incipiunt, judicantur, *l. 1. §. 13. ff. depoſ. vel contra.* Conf. V. C. A. A. Pagenſtech. *Sicilim. part. 11. §. 92. p. 182.* HEIN.

Re obligatur] *L. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depoſitum non facit, ſed rem poni, apud alium oportet, eaque tradita initium obligationis præbet.

Teneturque actione depoſiti] Actione nimirum depoſiti directa. Nam contrarium judicium depoſitario datur ad conſequendum, quod ſibi per cauſam & occaſionem rei acceptæ abeſt, *l. 5. depoſ.* Poteſt verò is, qui depoſuit, quovis tempore rem depoſitam repetere, & repetenti etiam ante tempus conſtitutum reddenda eſt, *l. 1. §. propen. & penult. eod.* At ex contrario depoſitarius ante tempus ſtatutum rem reſtituere volens officio ſuo non liberatur, niſi juſtiſſima cauſa interveniat, *l. 5. §. 2. eod.* ut bene Caſtr. in *dict. l. 1. §. propen. & penult.* & Coſtal. *ibid.* Vitioſa enim eſt quorumdam in hac re deponentis & depoſitarii comparatio. Etenim cùm totum hoc negotium ex utilitate deponentis æſtimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum eſt; quam ſine incommodo depoſitarii mutat, ſi rem ante tempus definitum repetat. At non ſine incommodo deponentis futurum eſt, ſi depoſitario permittamus officium, quod ſemel ſuſcepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverſo commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, ſed pro arbitrio dantis repeti non poteſt, *l. in commodato. 17. §. 3. commod.* 2

De ea re reſtituenda] In ſpecie qui enim rem cuſtodiendam dat, nihil in alium transfert, ſed apertè hoc agit, ut res ſibi cuſtodiatur, reſtituaturque repoſcenti. Quare etiam ſi nummi deponantur, eadem corpora reſtitui oportet: niſi forte nominatim convenerit, ut depoſitarius, ſi opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantumdem: quæ res notos depoſiti terminos egreditur, *l. Lucius. 24. cum ll. ſeqq. l. ſi ſacculum. 29. §. 1. depoſ.*

Si quid dolo] In depoſito nullum commodum eſt depoſitarii: quin onus potius eſt, rem alienam gratis cuſtodire: ac proinde ſecundum regulam de eo ſolo tenetur, ſi quid dolo ejus perierit, *l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. ultim. l. ſi ſine. 20. depoſ. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. contractus. 23. de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut ſuperius demonſtravi. Itaque etſi doli hìc tantùm mentio fit, ſciendum tamen eſt, etiam latam culpam in depoſiti judicium venire, *l. quod Nerva. 32. depoſ. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. 1. C. depoſ.* 3

Culpæ nomine, id eſt, deſidiæ ac negligentiæ] Quoties culpæ aut negligentiæ ſimpliciter mentio fit, levem culpam ſive negligentiam his nominibus ſignificari, *§. præced.* probatum eſt: quod hic locus confirmat, &, unde deſumptus eſt, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item l. 72. pro ſoc.*

&

& §. ult. inf. de ſociet. Igitur depoſitarius culpam aut negligentiam leviorem non præſtat, extra quam ſi in depoſito convenerit, ut ea quoque præſtetur, *l. 1. §. ſi convenerit. 6. depoſ.* aut ſi ultro ſe depoſito obtulerit, *d. l. 1. §. ſæpe. 35. eod.*

Furto amiſerit] Furtum plerumque cum culpa patrisf. rem ſuam non bene cuſtodientis conjunctum eſt: ideoque ſocius & venditor & creditor periculum furti præſtant, *l. cum duobus. 52. §. 3. pro ſoc. l. 14. §. 1. de per. & com. rei vend.* niſi doceant, culpam omnem abeſſe: quod aliquando fieri poteſt *l. 14. §. idem. 6. de furt.*

Suæ facilitati id imputare] Hæc quoque ratio eſt, cur depoſitarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem cuſtodiendam committit, de ſe queri debet, *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & ſe ipſum accuſare, qui homini adeo diſſoluto & ſupino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem ſuam commiſit. Scholiaſtes ad Harmenop. *lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad ſuum ſaltem modum depoſitarius rem depoſitam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva. 32. depoſ.* Adde omnino quæ nos ad *§. ult. inf. de ſociet.*

TEXTUS.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipſe de ea re, quam accepit, reſtituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriuſque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto ſit creditum: placuit ſufficere, ſi ad eam rem cuſtodiendam exactam diligentiam adhibeat: quam, ſi præſtiterit, & aliquo fortuito caſu rem amiſerit, ſecurum eſſe, nec impediri creditum petere.*

NOTÆ.

4. *Exactam diligentiam*] Exactam diligentiam hoc loco poſitam pro ea, quam vulgo homines frugi ſuis rebus adhibent, & quæ præſtari ſolet in contractibus, qui utriuſque gratia fiunt, arguit ipſa Juſtiniani illatio. Tranſlatitium autem eſt, in ejuſmodi negotiis non leviſſimam culpam, ut in commodato, ſed levem dumtaxat præſtari, *l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.*

Fortuito caſu] *l. 6. C. de pign. act.* Excluſio autem caſus fortuiti non includit ſemper culpam leviſſimam: ſed ſæpè & hæc ipſa ſimul cum illo, ad quem proximè accedit, excludi intelligitur, *§. 1. inf. de locat. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Pignoris varia ſignificatio.*
2 *Etiam ſola conventione pignus contrahi, ſed ut naſcatur obligatio pigneratitia, traditionem intervenire oportere.*
3 *Quando actio pigneratitia naſcatur; & quid ea differat ab hypothecaria?*
4 *Ad quid creditor pigneratitius teneatur?*
5 *In actione pigneratitia levem dumtaxat culpam, non etiam leviſſimam venire, cum accurata remotione contrariorum.*

QUarta & poſtrema ſpecies obligationum, 1
quæ re contrahuntur, ex pignore eſt. Pignus in jure noſtro triplicem fere ſignificationem habet. Nam & rem ſignificat pro debito creditori obligatam, *§. item Serviana. 7. inf. de act. tit. π. & C. de diſt. pign.* & jus creditori in ea re conſtitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* & denique contractum, quo jus illud conſtituitur, *l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod.* Contrahitur autem 2
pignus non ſola traditione, ſed etiam nuda conventione, quamvis traditum non ſit, *l. 1. de pign. act.* hoc eſt, jus in rem creditori quæritur ſimul ac placuit eam pignori obligatam eſſe, licet poſſeſſionem non acceperit: ejuſque juris perſequendi cauſa actionem in rem jure prætorio conſtitutam habet Servianam aut quaſi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur, *l. pignoris. 17. de pign. §. Serviana. 7. inf. de act.* Cæterum ut obligatio pigneratitia conſtituatur, unde debitori actio ſit adverſus creditorem ad pignus ſoluto debito repetendum, rem prius tradi neceſſe eſt: atque hac conſideratione pignus eſt contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod teſtamento conſtituitur: ſed de conventionali dumtaxat; adeoque de pignore propriè dicto, non de hypotheca: nam *pignus* & *hypotheca* ſic fere diſtingui ſolent, ut pignus dicatur, cùm poſſeſſio tranſit in creditorem, hypotheca, cùm res apud debitorem manet, *l. 9. §. 2. de pign. act.*

[illegible] *obligatur*] Obligationi pigneratitiæ non [illegible]urio pignoris, ſed acceptio cauſam præbet. Neceſſe quidem non eſt, ut res pignori obligetur, eam pignoris cauſa tradere creditori: poteſt enim pignus vel nudo conſenſu conſtitui, *l. 1. de pign. act.* At verò ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, niſi re tradita acceptaque, *l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act.* Cùm enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata eſt, reſtituatur, traditam eſſe prius oportet creditori, quàm reſtituere poſſit.

Actione pigneratitia] Directa ſcilicet; quæ datur debitori adverſus creditorem, ut rem pigneratam, cujus poſſeſſio apud eum fuit, una cum fructibus reſtituat, *l. debitor. 40. §. ult.*

de

Digitized by Google

de pign. act. l. 1. *cum* 2. *ſeqq. C. eod.* & demum debito omni exſoluto intentari poteſt, *d. l.* 9.
3 §. 3. *eod.* Creditori verò & hîc contraria competit adverſus debitorem, ſi forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l.* 3. *d. l.* 9. *pr. eod.* aut ſi creditor in rem pigneratam neceſſarias impenſas fecit, *l.* 8. *eod.* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem eſt, daturque creditori ad pignus perſequendum contra quemcumque poſſeſſorem, *d. §. Serviana.* 7. *inſ. de act. l. pignoris.* 17. *de pign.* at pigneratitia eſt in perſonam, competitque debitori adverſus creditorem, & adverſus hunc ſolum. Hypothecaria jure pignoris ſoluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax eſt. Illa occaſione juris creditori in re conſtituti à prætore datur: hæc ex contractu naſcitur re pignoris cauſa tradita acceptaque. Veteres tamen abuſivè hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l.* 3. §. 3. *ad exhib. l.* 13. *de cond. ind. l. rem alienam.* 41. *de pign. act.* & aliis locis.

4 *Sufficere ſi exactam diligentiam*] Supra §. 2. *hujus tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l.* 5. §. 2. *commod.* tradidimus, in contractibus, qui utriuſque contrahentis gratia fiunt, & dolum præſtari & culpam. Culpam ex uſu auctorum juris interpretati ſumus levem dumtaxat, non etiam leviſſimam. Et verò nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriuſque contrahuntur, eamdem à debitore diligentiam requiramus; quam præſtaret, ſi ejus ſolius commodum ageretur: ſed quemadmodum plus præſtat quàm ille, cujus nulla verſatur utilitas, ita minus ab eo exigendum quàm verbi cauſa à commodatario, qui beneficium accepit. Quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter diſtinguit, eoſque contractus, qui utriuſque utilitatem continent, medios facit inter depoſitum, quod tantùm dolum, & commodatum, quod etiam culpam leviſſimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriuſque utilitas, eſſe quidem quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit præſtetur, quod tamen non ſit culpa leviſſima: levis igitur tantùm ſit neceſſe eſt. Hoc idem planè confirmat Cajus *l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* ubi diſertè ſcribit, culpam in contractibus, qui utriuſque gratia fiunt, non æſtimari, ſicut regulariter æſtimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriuſque commodum ſpectant, & pignus eſt: eoque expreſsè refertur & ab Ulpiano, *d. l.* 5. §. 2. *commod.* & à Juſtiniano hoc ipſo in loco, addito inſuper qua in re utriuſque utilitas verſetur, nimirum creditoris in eo quod pecunia ei cautior eſt, debitoris, quod ei creditur, cùm abſque eo foret, ut non crederetur. Itaque ſciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & ſecundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 9. §. *eſt præterea.* 5. *de reb. auct. jud. poſſ.* Hoc autem modo cùm noſtri ſimpliciter loquuntur, ſub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem dumtaxat intelligunt, ut ſuperius abunde probatum eſt. Culpæ igitur in pignore æſtimatio facienda non eſt, ut in commodato, ut etiam culpam leviſſimam, quæ ſummæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præſtare compellatur, ſed ut in empto, locato, dote, cæteriſque ejuſdem naturæ contractibus, ut levem tantùm, *d. l.* 5. §. 2. *d. l. in rebus.* 18. *in fin. pr. commod.* Quod etiam non obſcurè hîc indicat Juſtinianus, cùm ex eo, quod pignus utriuſque gratia contrahitur; infert, ſufficere, ſi creditor exactam rei cuſtodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Juſtinianum pignus conſiderare ut contractum medium inter commodatum quod ſolius commodatarii, & depoſitum, quod ſolius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præſtationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quàm à depoſitario, minus autem, quàm ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam diſtinctionem, *d. l.* 5. §. 2. *d. l.* 18. *circa fin. pr. commod.* Negotium tamen faceſſit, quod hîc ſcriptum eſt de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur caſus fortuitus, ut etiam in *l.* 13. §. *ult. de pign. act. l.* 19. *C. de pign.* Quid quod iiſdem locis traditum eſt, creditorem pignoris præter culpam & cuſtodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l.* 13. §. *ult. in actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Reſpondeo, ex iis, quæ relata ſunt, ſatis patet, plus præſtandum eſſe in commodato, quàm in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non eſſe accipiendam pro exactiſſima, qualis à commodatario exigitur, quæ pæne modum excedit, & qualem diligentiſſimus aliquis & unus forte è multis, ſuis rebus adhibet; ſed ſecundum hujus contractus naturam pro diligentia ſtata, id eſt, ea, quam in ſuis rebus plerumque præſtare ſolent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit, *l.* 14. *de pign. act.* Quamquam fatendum eſt, incommodè hanc ſpeciem diligentiæ exactam à Juſtiniano appellari, quod vim ſuperlativi habet: conſiſtit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta eſt, deſiderat. Quod autem tantùm caſus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo ſequitur, ſummam atque exactiſſimam diligentiam à creditore præſtandam eſſe, ſeu eum etiam leviſſimæ culpæ nomine teneri. Nam leviſſima culpa, quoniam, quod verbum ipſum indicat, vix culpa eſt, ſæpe non conſideratur, & cum caſibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipſa excludi intelligitur, ut in *l.* 5. *C. de pign. act. l. in judicio.* 28. *C. de locat. l.* 4. *C. de peric. tut.* Unde etiam eſt, quod aliquando duo contractus,

quo

quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa leviſſima præſtatur, ſic conjungantur, quaſi utriuſque eædem eſſent præſtationes, ut in *d. l.* 13. §. *ult. de pign. act. l. contractus.* 23. *de reg. jur.* Sed neque diligentia aut cuſtodia culpæ oppoſita ſemper ſignificat diligentiam ſummam aut cuſtodiam plenam, qualem præſtat commodatarius, ſed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverſo reſpondeat, *l. quod ſæpe.* 35. §. *ſi res.* 4. *de cont. empt. l.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 28. *C. de locat.* eodemque modo cuſtodia accipienda in *d. l.* 13. §. *ultim. de pign. act.* & *d. l.* 19. *C. de pignor.* VINN. Immo omnes *legis.* 13. §. *ult. ff. de pign. act.* tenebras diſcuſſiſſe videtur V. C. Ger. Noodt. *Probab. lib.* 1. *cap.* 4. ubi una literula & interpunctionibus leviter immutatus legit: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa; at in commodato venit & cuſtodia; vis major non venit.* HEIN.

Aliquo fortuito caſu] Nam caſus fortuiti à nemine præſtantur, *d. l. contractus.* 23. *de reg. jur. l. quæ fortuitis.* 6. *C. de pign. act.* niſi culpa aut mora caſum præceſſerit, aut nominatim placuerit, caſum quoque præſtari: de quo jam explicatum eſt ſup. §. 2.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 1. *C. Lib.* 8. *Tit.* 38.

1 *Continuatio.* 2. *An verborum obligationis plures cauſæ, quàm ſtipulatio?*
3 *Pomponia ſtipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4 *Uſus ſtipulationum quàm varius jure civili?*
5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde?*

1 EXpoſita eſt prima ſpecies obligationum, quæ cùm ex contractu ſint, ſolo tamen conſenſu non conſiſtunt, illæ nimirum, ad quas conſtituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ ſunt ejuſdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera litteris ad conſenſum accedentibus conſtituitur: unde ille verborum, hæc litterarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proximè ſequentes quinque tituli conſumuntur. Litterarum obligatio brevius perſtringitur, *tit.* 22.

2 Verborum obligatio, ſi Cajo *lib.* 2. *tit.* 9. credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque ſubſequente reſponſione; aut interrogatione non præcedente, unoque tantùm loquente, aut promittente: cujuſmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præſtanda. Verùm in corpore juris noſtri uno tantùm modo contrahi verborum obligationem legimus, cùm præcedit interrogatio, & ſequitur congruens reſponſio, *hoc tit. in pr. l.* 1. §. *verbis.* 7. *de obl. & act. l. obligamur.* 52. §. 2. *eod. tit.* Neque alia cauſa hujus obligationis in toto hoc tractatu aſſignatur, quàm ſtipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & reſponſione conſtat. Igitur verborum obligatio eſt ea, quæ naſcitur ex ſtipulatione. Stipulatio eſt contractus conſtans interrogatione & reſponſione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum eſse, abunde probavimus in explicatione §. *ult. ſup. de oblig.* VINN. Verum quidem in jure noſtro unum occurrere contractum verbalium genus puta ſtipulationem. Sed ideo negandum non erat fuiſse plura, imprimis dotis dictionem & jusjurandum liberti. Hi contractus olim & cauſsam habuiſse videntur, verba puta ſolemnia, & cognomines produxiſse actiones, v. g. condictionem certi vel incerti ex dotis dictione, ex jurejurando &c. Sed quia omnia pacta dotalia valida habebantur tempore Juſtiniani, hinc de dotis dictione nihil in Pandectis exſtare paſsus eſt Tribonianus. Immo ubi quid exiſtit, ibi leges mutavit, veluti *l.* 25. *l.* 44. §. 1. *l.* 46. §. 1. *l.* 57. *l.* 59. *ff. de jur. dot.* Jurisjurandi à libertis præſtiti paſſim in Pandectis fit mentio; ſed nec illud tamen nunc forte admodum frequens fuit, quia & ſtipulatio ſufficiebat jam multo ante Juſtinianum *l.* 3. *pr. l.* 5. *ff. de op. libert. l.* 41. *pr. ff. de liber. cauſſ.* HEIN. Eſt autem μονόπλευρος tantummodo obligans reſpondentem. 3

A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve ſe, quod interrogatus eſt, reſpondet*, *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Verùm Juriſconſultus eo loco genus non expreſſit, quod nec ſemper neceſsarium; formam tantùm ſeu differentiam poſuit: perinde enim hoc accipiendum eſt, quaſi dixiſſet, *ſtipulatio eſt contractus conſtans conceptione verborum &c.* Verbis utimur in omnibus fere contractibus, ſed excepta ſtipulatione ad ſubſtantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus ſufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; ſtipulatio ſolemnia & certo modo concepta deſiderat. Ex quo rectè plerique colligunt, ſtipulationem eſse contractum juris civilis. Nam etſi verborum uſus omnium gentium communis eſt, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut qui ex conſenſu verbis declarato obligetur; tamen à ſimplicitate illius juris alienus eſt, ad ſubſtantiam alicujus actus exi-

Digitized by Google

exigere certam concèptamve verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obſcurè innuit *l. 1. locat.* facit item *l. ſi ita. 126. §. 2. verſ. ſupereſt. de verb. obl.* add. Joan. Gœed. *de contr. & committ. ſtip. cap. 2. concl. 1.*

4 Stipulationum uſus jure civili maximus eſt: ne quis putet, hanc ſpeciem conventionis fruſtra inductam eſſe. Quotieſcumque enim, quod in multis cauſis eſt opus ſine re ac litteris obligationem conſtitui volumus, neceſſe eſt ad obligandum promiſſorem ſtipulationem adhibere. Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promiſſum & ſermo ſæpe inconſultus magis, quàm ex voluntate proficiſcens neceſſitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum cauſa: ſed excogitata eſt conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum ſignum eſſe voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem ſtipulationem dixerunt. Itaque ſtipulationum uſus non tantùm utilis eſt, verùm etiam neceſſarius in fidejuſſoribus conſtituendis, *inf. de fidejuſſ.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de novat.* interdum & in uſuris, quas nobis præſtari volumus, ut in ſtrictis judiciis, *l. 3. C. de uſur.* Sed & ſtipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre eſt tum in pactionibus nudis: quæ cùm per ſe jure civili infirmæ ſint ad producendam actionem, ſtipulatione muniendæ ſunt, *l. diviſionis. 45. de pact. l. petens. 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm.* Paulus *2. ſent. 22. Omnibus pactis*, inquit, *ſtipulatio ſubjici debet, ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit*: tum etiam in contractibus juris gentium: ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam ſtipulatio utiliter accedit, ut & firmior ſit obligatio, & certior ratione præſtationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de uſur. l. quicquid. 99. de verb. obl.* Denique omnium fere negotiorum noviſſima parte ſubjici etiam ſtipulatio ſolet, *l. Titia. 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum ſunt communia, ea ſub *tit. de verb. obl.* tamquam in Pandecte tractantur, & ſtipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, ſtipulationem non eſſe contractum, qui per ſe conſiſtat, ſed alterius obligationis ſive civilis ſive naturalis acceſſionem & fulcimentum, per *l. 5. in pr. verſ. conventionales. h. t.* id DD. communiter ſic exprimunt, ut dicant, ſtipulationem non ſubſiſtere, quæ cauſam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita ſit. Et rectè. Nam cùm ſtipulatio non habeat certam & de-

5 terminatam naturam, ut contractus cæteri, ſed ex variis cauſis, ſæpe etiam ex injuſtis interponantur, merito requiritur, ut, ſi eam valere volumus, de cauſa, propter quam interpoſita ſit, conſtet: quod ex eò ſolo intelligi non poteſt, quod quis ſimpliciter dicatur ſtipulanti promiſiſſe. Enimverò in cauſa donationis, ut ſubſiſtat promiſſio, non eſt neceſſe antecedere aliquid actum donationis, ſed ſatis eſt, ſtipulatione ipſa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure. 29. de donat.* Illud tamen addendum, ſummo adhuc jure ex ſtipulatione ſine cauſa naſci actionem, ſed inefficacem eam reddi oppoſita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. ſi quis. 36. hoc tit.* Gloſſ. & Bart. *in d. l. 2. §. 3.* Gomez. *2. var. reſol. 11. num. 3.* quem perperam reprehendit Suarez. *in annot.*

Textus.

Summa.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & reſponſione, cùm quid dari fierive nobis ſtipulamur: ex qua duæ proficiſcuntur actiones, tam condictio certi, ſi certa ſit ſtipulatio, quam ex ſtipulatu, ſi incerta ſit: quæ hoc nomine inde utitur, quod ſtipulum apud veteres firmum appellabatur, forte à ſtipite deſcendens.

Notæ.

Ex ſtipulatu] Quæ in ſpecie & τεχνικῶς ex ſtipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alibi actio incerti ex ſtipulatu, *l. 4. de uſur.* Cæterum generaliter & φυσικῶς etiam rem certam ex ſtipulatu petentes, ex ſtipulatu agere dicuntur, *l. 38. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro ſoc. l. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

Si incerta ſit] Exempla incertæ ſtipulationis pete ex *l. 75. de verb. obl.* Illa ſtipulatio incerta non eſt, *Triticum, quod in illo horreo eſt, dare ſpondes? d. l. 75.* fac. *l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de cont. empt.* Itaque non leviter hìc errat Theop. Quod ſi id, quod in obligationem deductum eſt, nullos certos fines habet, aut ad viliſſimum deduci poteſt, ſtipulatio inutilis eſt: veluti ſi fundus ſine demonſtratione promiſſus, *l. 69. §. 4. de jur. dot.* vinum, triticum ſine deſignatione menſuræ, *l. 94. & ſeq. l. 115. pr. h. t.* Thalel. ad *l. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. §. 44.*

Stipulum apud veteres firmum] Hanc nominis rationem reddit & Paul. *5. ſent. 7.* & probat doctiſſimus Salmaſ. *de uſur. c. 6.*

Commentarius.

1 *Verbo ſtipulationis non interrogationem tantùm, ſed etiam reſponſionem, & ita totum contractum ſignificari.*

2 *Etiam eum ex ſtipulatu agere dici, qui certum ex ſtipulatione petit: & quando incertitudo ſtipulationem vitiet?*

3 *Stipulationis vera originatio.*

Ex *interrogatione & reſponſione*] Verborum obligatio naſcitur ex interrogatione & reſpon-

Digitized by Google

ſponſione, *l.* 1. *§. verbis.* 7. *l. obligamur.* 52. *§.* 1. *de obl. act.* Nam duabus hiſce partibus conſtat illa verborum conceptio, quæ uno nomine ſtipulatio à veteribus dicta eſt, *l.* 5. *§.* 1. *hoc tit.* non proprietate verbi (nam *ſtipulari* is dicitur, qui interrogat; alter *promittere*, *ſpondere*; interrogatio autem ſine reſponſione inutilis eſt) ſed propter partium neceſſariam conſequentiam, qua polita una, altera quoque intelligitur: quod etiam in pleriſque aliis appellationibus uſu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes ἐπερώτησιν reddiderunt. Harum autem partium quædam ſunt communia, veluti ut & qui rogat & qui reſpondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat: & intelligat quædam reſponſionis propria, veluti, ut qui reſpondet, illico id faciat; ut reſpondeat convenienter interrogationi. Sed de his poſtea explicatius.

Dari fierive] His verbis indicatur ſtipulationum materia, nimirum non ſolùm res in ſtipulationem deduci, ſed etiam facta: unde ſtipulationum quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur, *l.* 2. *pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiſcuntur actiones] Juſtinianus hoc paſſim & rectè obſervat, ut ad notitiam cujuſque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id, quod ex obligatione debetur, ſi ſponte debitor non ſolvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Juſtinianus commemorat, quaſque ait proficiſci ex ſtipulatione, datur & condictio triticiaria: quippe quæ ſi cauſam excipias pecuniæ numeratæ, generalis eſt, *l.* 1. *de cond. tritic.*

Condictio certi] Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cæteriſque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l.* 9. *l. ſi quis.* 24. *de reb. cred.* dixi plura *ſub pr. tit. præced.*

Si certa ſit ſtipulatio] Certa ſtipulatio hìc non intelligitur ea, quam certo interpoſitam eſſe conſtat, incerta, de qua ambigitur: ſed certa & incerta dicitur ratione rei in ſtipulationem deductæ, quæ res ſi certa ſit, id eſt, ſi appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque ſit in ſtipulatione, ſtipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, *l. ſtipulationem.* 74. *& l. ſeq. hoc tit.*

2 *Ex ſtipulatu*] Hoc verbum non ſignificat cauſam generantem: nam & condictio certi ex ſtipulatione naſcitur, quod hìc expreſſum eſt, & res ipſa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex ſtipulatu debitam petit, rectè & naturaliter dicitur ex ſtipulatu agere, *l. inter.* 83. *§. ſi rem.* 6. *hoc tit. l. quod ſi.* 42. *pro ſoc. l.* 14. *C. de pact. l. prædia.* 28. *de act. empt.* ſed denotat materiam, & eſt nomen actionis ſpecialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. *d. l.* 24. *de reb. cred.* eum, qui certum ſtipulatus eſt, ex ſtipulatu actionem non habere, ſed condictione certi id perſequi debere, nimirum non habere eum actionem, quæ in ſpecie & τεχνικῶς ex ſtipulatu dicitur, & eſt actio ex ſtipulatu incerti, *l.* 4. *pr. de uſur.* VINN. Ita quidem uſu invaluerat ut ſi certum peteretur, actio vocaretur condictio certi: ſin incertum, condictio ex ſtipulatu: ſed quia contractus nominatus producere ſoleat cognominem actionem, ſatis adparet, actionem hanc dictam fuiſſe ex ſtipulatu, non modo ſi incertum, verùm etiam ſi certum petatur. Exemplum eſt in *l.* 83. *§.* 6. *ff. de V. O. l.* 42. *ff. pro ſoc. & alibi paſſim.* Nihil novi eſt, nomen generis uni ſpeciei hærere. Non tam τεχνικῶς τι hìc deprehendo, quam uſum vulgi, quem penes arbitrium eſt & vis & norma loquendi. Quia priorem actionem *condictionem certi* vocabant pragmatici, hinc commune nomen alteri actioni relinquebant, eamque vocabant *ex ſtipulatu*. HEIN.

Si incerta ſit] Sed inquis, an non incertitudo ſtipulationem vitiat? Sanè aliquando intereſt etiam, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut ſi quis fundum ſtipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum ſine deſignatione menſuræ, inſulam ædificari non demonſtrato loco: an ea certis finibus natura circumſcripta ſit, ut homo, equus, bos: illuc ſtipulatio non conſiſtit, *l. triticum.* 94. *cum ſeq. l. ita ſtipulatus.* 115. *in pr. hoc tit.* hìc contra, vid. *ſup. §. ſi generaliter.* 22. *de legat.*

Quod ſtipulum apud veteres firmum.] Eamdem hujus nominis rationem reddit & Paulus 3
5. *ſent.* 7. quam & D. Hotomannus probat, & veriſſimam cenſet doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. c.* 6. Varro autem *lib.* 4. *de lingua*, cui fere & Feſtus conſentit, à *ſtipe* deducit. *Stipem* autem à *ſtipando* dictam ſcribit, eo quod veteres, cùm ære gravi uterentur, acceptum majorem aſſium numerum, non in arca ponebant, ſed in aliqua cella ſtipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Iſidorum *lib.* 3. *c.* 24. reperio, ubi ſcribit, ſtipulationem nomen inveniſſe à *ſtipula*. *Veteres enim*, inquit, *quando ſibi promittebant aliquid, ſtipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoſcebant ſponſiones ſuas*: quod unde ſumpſerit, neſcio.

Forte à ſtipite] Stipes eſt fuſtis validus terræ defixus, teſte Feſto. Durior autem videtur hæc notatio, & falſam eſſe arguit ſyllabæ quantitas, in uno brevis, in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στιφῶ, id eſt, denſo & ſtipo. Sed nihil muto, cùm & Theophilus legat ἀπὸ τῶ στιλέχεω, *à ſtipite*. Probabilius eſt, ſtipulum dictum ex Græco στιφλὸν & στιφλὸν, quod Grammatici exponunt στιφρὸν, ſive στιφρὸν, *firmum*, *ſolidum*. D. Salmaſ. *d. loc.*

Digitized by Google

Textus.

De verbis ſtipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt;* Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua ſtipulatio concipiatur, nihil intereſt: ſcilicet ſi uterque ſtipulantium intellectum ejus linguæ habeat: nec neceſſe eſt eadem lingua utrumque uti, ſed ſufficit congruenter ad interrogata reſpondere. Quin etiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem poſſunt. Sed hæc ſolemnia verba olim quidem in uſu fuerunt: poſtea autem Leonina conſtitutio lata eſt, quæ ſolemnitate verborum ſublata ſenſum & conſonantem intellectum ab utraque parte ſolùm deſiderat, quibuſcumque tamdem verbis expreſſum eſt.*

Notæ.

1. *Utrum latina, an græca*] *l. 1. §. ult. eod.* & ſic ſtipulatio uſu facta eſt juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l. 8. §. ultim. de accept.*

Hæc ſolemnia verba] Quæ etiam directa, *l. 10. C. de contr. ſtip.* civilia, & legitima, quibus opponuntur vulgaria, *l. 16. de fideic. lib.*

Commentarius.

1 *Ad ſubſtantiam ſtipulationis quænam adhuc requirantur?*
2 *Conſectaria aliquot inde deducta.*
3 *Ut alia lingua quàm Latina ſtipulatio fieri poſſit, à Sabino inductum videri.*
4 *Moribus hodiernis ſtipulationum & pactorum jura fere confundi.*

Olim non quævis verba vim adſtringendæ obligationis habuere, ſed ea demum, quæ ſolemnia erant & directa, atque à Juriſconſultis in hanc rem concepta pararaque: quod vel ex ſola definitione ſtipulationis intelligere licet, quæ eſt apud Pomponium *l. 5. §. 1. hoc*
1 *tit.* Etſi autem ſcrupuloſa hæc verborum obſervatio à Leone poſtea ſublata eſt, *l. 10. C. eod.* illud tamen ad vim atque ſubſtantiam ſtipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens reſpondeat congruenter interrogationi, idque ſine notabili intervallo, & animo ac propoſito contrahendæ verborum obligationis, *l. 1 pr. §. 1. & 2. l. inter. 83. §. 1. l. continuus. 137. hoc tit. l. 7. §.*
2 *quod ferè. 12. de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: ſed neque ſurdus, qui quamvis ipſe loqui poteſt, alium tamen loquentem audire non poteſt, *l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act. §. mutum. 7. inſ. de inut. ſtip.* Præterea & illud hinc ſequitur, ſtipulationem inter abſentes contrahi non poſſe, ſed nec poſſe in ſcriptis, licet partes præſentes ſint: quamvis ſecus ſentiat Uveſembecius. Utitur ille argum. *l. optimam. 14. C. hoc tit. & l. non figura. 38. de obl. & action.* Verùm neutra id quod vult probat: ſed illa hoc tantùm, præſumptionem eſſe pro inſtrumento, in quo ſcriptum eſt, omnia ſolemniter eſſe acta, ſtipulationemque ritè factam, *l. ſciendum. 30. hoc tit. §. ſi ſcriptum. 16. inſ. de inut. ſtip. §. ultim. inſ. de fideicomm.* hæc, non minus valere, quod litteris exprimitur, quàm quod verbis nuncupatur. Sed ſciendum eſt, hoc toties verum eſſe, quoties verba ad conſtitutionem actus neceſſaria non ſunt: quemadmodum è converſo cùm ſcriptura ad eſſentiam rei requiritur, verba interveniſſe non ſufficit, *l. contract. 17. C. de fid. inſtrum.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui ſine verbis adnuit, *l. 1. §. 2. hoc tit.* ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantùm nec naturaliter obligari: ſed hoc referendum eſt ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum ſubſtantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantùm. Nam dubitandum non eſt, quin ſi quis interroganti ſerio adnuat, aut per litteras reſpondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & reſponſionis dicemus ſub *§. præterea. 5. de inut. ſtip.* Poſtremo actus ſtipulantis & promittentis etiamnum continuus eſſe debet, *l. continuus. 137. princip. hoc tit.* Cæterum non omne intervallum excluditur, ſed longiuſculum, ut veriſimile ſit, ad alia negotia diſceſſum eſſe, animumque contrahendi depoſitum, *d. l. continuus. 137. hoc tit. l. 12. princ. de duob. reis.* quo loco pro verbo *prolatus*, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non eſt, quin legendum ſit *Proculus*. His ita concurrentibus ſtipulationem contractam eſſe intelligimus, niſi ex circumſtantiis, aut iis, quæ acta ſunt, probetur, non ſtipulandi, ſed paciſcendi animum partes habuiſſe, *l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* Vinn. Atqui ſi *l. 12. pr. ff. de duob. reis.* pro *prolatus* legas *Proculus*, tunc verbum deerit e. g. *putat*, *ſcribit*, vel ſimile, quod, ſi additur, emendatio erit paullo audacior. Immo vix tanti momenti tantæque obſcuritatis erat quæſtio, ut JCtos ea in re diſſenſiſſe putemus. Hinc Haloandri lectio magis probanda, qui pro *prolatus*, quod manifeſto mendoſum, legit *probatur*. Hein.

Talia verba tradita] Neque aliis verbis ſtipulatio contrahi poterat. Itaque ſi quis, verbi cauſa, ita interrogaſset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* reſpondente altero, *polliceor*, aut *Curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis ſtipulationum ſcrupuloſitas, ut etiam dubitatum ſit,

Digitized by Google

ſit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni?* *l.* 1. §. 2. *hoc tit.*

Latina an Græca lingua] Certum eſt, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam eſt ſtipulatio, ſolemnibus formulis ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis uſos fuiſſe,
3 ac proinde non niſi Latinis. Sed cùm ſtipulationis magnus eſſet uſus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri ſolitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipſa quoque quacumque lingua fieri poſſet: videturque primus Sabinus hoc induxiſſe, ut Græca lingua poſſet ſtipulatio concipi: poſtea verò ſenſim ad aliam quamvis linguam idem jus productum *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* Sie ſtipulatio uſu facta eſt juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *l.* 8. §. *ult. de accepsil.*

Solemnitate verborum ſublata] Leo verborum ſolemnes formulas in ſtipulationibus ſuſtulit, & quorumvis verborum opportunitatem admiſit, *l.* 10. *C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, poſt hanc conſtitutionem adhuc manſerunt, & in vi obligandi, notiſſima pacti & ſtipulationis differentia. Mores
4 verò hodierni pactorum & ſtipulationum jura fere confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo ſerio & deliberato initum ſit, obligatio & actio nunc naſcitur, quàm ex ſtipulatione, ſive hoc ex jure Pontificio, ejuſve juris interpretatione invaluit, ſive ex eo, quod poſterioribus ſæculis grave viſum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cùm hodie ſtipulationis non major vis ſit, quàm cujuslibet pacti, nulla amplius eſt ſtipulationis neceſſitas, nec minus pacto, quàm ſtipulatione & fidejuſſores conſtitui, & novatio fieri, & uſuræ promitti poterunt. Verbo tamen ſtipulandi plerumque adhuc utimur, vid. Gomez. 2. *reſ.* 9. *n.* 3 & 11. *n.* 3. Gudelin. *lib.* 3. *de jur. nov. c.* 5. Chriſtin. *vol.* 2. *dec.* 91. Grot. 3. *manuduct.* 1. D. Tuld. *comm. hic. cap.* 2.

TEXTUS.

Quibus modis ſtipulatio fit. De ſtipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis ſtipulatio aut purè, aut in diem, aut ſub conditione fit. Purè, veluti*, Quinque aureos dare ſpondes? *Idque confeſtim peti poteſt. In diem, cùm adjecto die, quo pecunia ſolvatur, ſtipulatio fit; veluti*, Decem aureos primis Calendis Martiis dare ſpondes? *Id autem quod in diem ſtipulamur, ſtatim quidem debetur, ſed peti prius, quàm dies venerit, non poteſt: ac ne eo quidem ipſo die, in quem ſtipulatio facta eſt, peti poteſt; quia totus is dies arbitrio ſolventis tribui debet: neque enim certum eſt, eo die, in quem promiſſum eſt, datum non eſſe, priuſquam is dies præterierit.*

NOTÆ.

2. *Peti prius, &c. non poteſt*] *l.* 44. §. 1. *de obl. & act. l.* 42. *h. t. l.* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l.* 213. *de verb. ſign.* quo reſpiciens Ulpian. *l.* 41. §. 1. *hoc t.* ait, diem adjectum efficere, ne præſenti die pecunia debeatur: id eſt, ne debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti poſſit.

Arbitrio ſolventis] Quoniam adjectio diei pro reo eſt, *d. l.* 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem ſolvere, & vel invito creditore, *l.* 50. *de obl. & act. l.* 70. *de ſolut. l.* 38. §. 16. *hoc tit.* niſi forte dies creditoris gratia adjectus, *l.* 17. *de reg. jur.* ut in *l.* 15. *de ann. leg. l.* 17. §. 3. *de uſufr.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura ſtipulatione quod ſtatim agi poſſe dicitur, quomodo accipiendum, & expoſitus* §. ult. inf. de inutil. ſtip.

2 *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic interſit inter legata & ſtipulationem?*

3 *Quid ſi apponatur dies finiendæ obligationis cauſa?*

4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem rectè offeratur creditori, licet accipere recuſanti?*

5 *Utrum ante diem prorſus nulla ſit actio, an ſtatim una cum obligatione ipſo jure actio naſcatur, ſed quæ intentata exceptione temporali removenda ſit?*

6 *Explicatio* l. 73. de verb. obl.

7 *Formula quædam ejuſdem efficaciæ, & alia notatu digna.*

DIviſio ſtipulationis à diverſo contrahendi modo, quæ tamen non magis ad ſtipulationem pertinet, quàm ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat, vel purè, vel in diem, vel ſub condictione. Quamquam in depoſito dies aut condictio adjecta nihil operetur, *l.* 1. §. *ſi depoſitum.* 45. & §. *ſeq. depoſ.*

Idque confeſtim peti poteſt] Puræ ſtipulationis 1
dies, ita noſtri loquuntur, ſtatim & cedit & venit, *l. cedere.* 213. *de verb. ſign.* hoc eſt, id quod purè promiſſum eſt, confeſtim & debetur, & peti poteſt, *l. eum qui.* 41. §. 1. *l. eum qui.* 56. §. *qui ita.* 4. *l. liber homo.* 118. §. 1. *h. t. l.* 14. *de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe poſita pura nec impedita obligatione, actionem poni neceſſe eſt, fatendumque jus exigendi competere, *d. l. cedere.* 213. *d. l. liber homo.* 118. §. 1. Puram autem ſtipulationem ex re accipimus, non ex ſolis verbis: eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè inſit: alioqui pura ſtipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura eſt, cùm tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè comple-

cta-

Digitized by Google

ctatur, quæ huc non pertinet, *l. interdum.* 73. *hoc tit.* Non obſtat definitioni propoſitæ quod ſcriptum eſt in §. *ult. inſ. de inut. ſtip. eum, qui fundum aut hominem ſtipulatus eſt, non poſſe continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.* Hoc enim non ad jus petendi, ſed ad ejus, quod petitur ſolutionem, & executionem obligationis referendum eſt; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut ſolutionem faciendam, ſed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis ſpatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici, & ſolutio expediri queat. Licet enim difficultas præſtandi non moretur actionem, *l. continuus.* 137. §. *illud.* 4. *hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari ſtipulatus eſt, ex ratione juris non præmaturè agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamſi nondum finito ſtipulationis die petat, *d. l. liber homo.* 118. §. 1. *eod.* quia tamen ſpatium aliquod inter contractam obligationem & ſolutionis exactionem intercedere æquum eſt, atque incivile ſtatim cum ſacco venire creditorem, *arg. quod dicimus.* 105. *de ſolut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato ſolvere, modicum tempus ad ſolvendam pecuniam dari, nimirum id, quod reis poſt condemnationem indultum eſt, ne deteriore conditione ſit, qui ultro debitum agnoſcit, quàm qui negat & convictus condemnatur, *l. ex judicatum.* 16. *jud. ſolv.* junct. *l. ſi debitori.* 21. *de judic.* Don. ad *l.* 41. §. 1. *hoc tit. n.* 34. *& ſeqq.* Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque perſonarum & cauſæ qualitate, definire & moderari oportere ſtatuunt, *arg. l. in fraudem.* 45. §. *fiſcalibus.* 10. *de jur. fiſc.* Et ſanè nec præcisè tempus judicati ſervare magiſtratus cogitur, *l.* 2. *de re judic.* ſed ex cauſa id vel arctare vel prorogare poteſt, vid. Menoch. *de arbit.* 2. *cent.* 1. *caſ.* 27. Dura autem nimis eſt Cujacii in *d. l.* 41. & Timæi Fabri *diſp. anniv.* 23. ſententia, qui nullum laxamentum concedunt.

2 *Cùm adjecto die*] Stipulatio in diem eſt, quæ fit adjecto die, quo pecunia ſolvatur. Diem hìc certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum eſt, an exiturus ſit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cùm Titius uxorem duxerit?* aut *cum Titius pubes factus erit? l. ſi dies.* 21. *& l. ſeq. quand. dies leg.* Nam ſi illud dumtaxat incertum, quando ſit exiturus, certum autem, exiturum eſſe: veluti ſi quis ita ſtipulatus fuerit, *Dabis, cùm moriar,* aut *cum morieris?* hujuſmodi diem pro conditione non haberi, argumento eſt quod ſoluta ante diem mortis pecunia repeti non poteſt, *l.* 16. *cum* 2. *ſeqq. de cond. ind.* Equidem ſcio, in legatis hanc diſtinctionem obſervari, ut, ſi ita legetur, *Hæres meus cùm morietur decem dato*, id legatum quaſi incerto die adſcripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivo hærede defuncti non tranſeat. Sin verò ita, *cùm ipſe legatarius morietur*, hoc quaſi poſt certum diem relictum tranſmittatur, *l.* 1. §. 2. *l. hæred.* 79. *de cond. & dem. l.* 4. *quand. dies leg.* Sed non eſt talis legati, *Hæres meus cùm morietur, Titio decem dato*, & ſtipulationis hujuſmodi, *cùm morieris decem dare ſpondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cùm hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum ſuſpenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum ſortiri non poteſt. In ſtipulatione verò hæc adjectio, *cùm morieris*, nullam incertitudinem parit: nam etſi ante promiſſorem ſtipulator deceſſerit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. *inſ. eod.* Unum etiam genus dici planè incerti contractum condictionalem non facit, nempe in hac oratione, *cùm petiero, dare ſpondes?* quod ex propoſito contrahentium intellectum eſt, quorum procul dubio in hujuſmodi adjectione hæc cogitatio eſt, ut ſtatim & ſine mora, ubi petitum erit, ſolvatur, non ut obligatio differatur in caſum: ideoque ſi deceſſero prius, quàm petiero, non videtur defeciſſe conditio, *l. ſi decem.* 48. *h. t.* Sed nec dies certus adjectus ſimpliciter conventionem in diem facit; verùm ita demum ſi adjectus ſit ſolutionis & actionis differendæ cauſa, atque ut terminus à quo. Quod 3
ſi apponatur dies, ut terminus ad quem, id eſt, finiendæ obligationis cauſa, puta hoc modo, *Uſque ad Calendas dare ſpondes?* aut, *Quoad vivam, dare ſpondes?* purè contracta obligatio intelligitur: cæterum petenti poſt Calendas, aut hæredi petenti obſtabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum.* 44. §. 1. *de obl. & act. l. eum qui.* 56. §. *qui ita.* 4. *h. t.* vide quæ ſub §. *ſeq.* Porro dies vel apertè adjicitur, ut in formulis uſitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, poſt biennium:* vel tacitè ſtipulationi, verbis alioqui puræ, ineſt, propter vel loci adjectionem, vel qualitatem rei promiſſæ, ut in ſtipulatione operis faciendi, fructuum naſciturorum, *l.* 14. *l. continuus.* 137. §. 2. *&* 3. *hoc tit.* §. *loca.* 5. *inſ. eod.*

Statim quidem debetur] *L. ſtipulatio.* 38. §. *inter.* 16. *l. centeſimis.* 46. *hoc tit. l. cedere.* 213. 4
de verb. ſign. Atque hujus præſentis obligationis intuitu hujuſmodi ſtipulatio pura interdum dicitur, ut & ejuſdem generis legatum, oppoſitivè nimirum ad ſtipulationes & legata conditionalia, *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 79. *de cond. & demonſt.* Quid ergo eſt, quod Ulpianus in *l. eum qui.* 41. §. 1. *hoc tit.* ait, *diem adjectum efficere, ne præſenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Juriſconſultus accepit: ut ſit ſenſus, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plenè & efficaciter, non ita, ut & peti poſſit: quod locus ipſe ſatis evincit. Non negat igitur Juriſconſultus, diem ſtipulationis ceſſiſſe; quod pugnaret cum manifeſta ratione juris: ſed veniſſe negat. Etſi autem diei adjecti hæc vis eſt, ut ante diem agi non poſſit; alia tamen præſentis obligationis

Digitized by Google

effecta ſunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum ſolutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non poſſit, *l.* 10. *de cond. ind.* ut poſſit novari & conſtitui, atque ita poſſit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti poſſit, *l.* 1. *& l.* 5. *de novat. l.* 3. *§. ult. & l. ſeq. de pec. conſt.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore rectè ſolvat, *l. quod quis.* 50. *de obl. & act. l. quod certa.* 70. *de ſolut. l. ſtipulatio.* 38. *§. inter.* 16. *l. continuus.* 137. *§.* 2. *hoc tit.* quod interpretandum ex *l.* 9. *C. de ſolut.* Nam cùm diei adjectio pro reo ſit, non pro ſtipulatore, *d. l.* 41. *§.* 1. *eod.* medium tempus reo liberum eſſe debet ad ſolutionem; quæ etiam ratio redditur in *d. l ſtipulatio.* 38. *& d. l. quod certa.* 70. Et verò quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror adeo Cujacium in re tam aperta diſſenſiſſe, atque eo magis, quod ſententiæ ſuæ firmamentum petit ex *l. item.* 18. *de pec. conſtit.* qui locus etſi ſolus eſſet, illum jugularet. Nihil ſententiam Cujacii juvat *l. ſi ſoluturus.* 39. *de ſolut.* numquam enim obtinebitur; importunum tempus eſſe id, quod diem adjectum antecedit. Poſtea comperi, & Guillel. Maſium diſſentire, *lib.* 1. *ſing. opin cap.* 4. cujus argumentis vel una hac reſponſione occurri poteſt, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè ſi appareat, diem adjectum eſſe etiam creditoris gratia, aliud dicendum eſt; veluti ſi quid certo loco dari promiſſum fuerit, *l.* 2. *quod cert. loc. l. qui Romæ.* 122. *pr. hoc tit.* facit *l.* 15. *de ann. legat. l.* 17. *de reg. jur.* Don. in *d. l.* 41. *§.* 1. *n.* 47. *& ſeq.* D. Tulden. *comm. hic. cap.* 12.

Peti prius, quam dies venerit] Quod in diem debetur, ſive ex ſtipulatione ſive ex alia cauſa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri, antequam dies venerit, non poſſe, innumeris locis proditum eſt, *l. certi.* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens.* 24. *de oper. libert. l.* 7. *l.* 14. *quib. ex ca. in poſſ. l. cedere.* 213. *de verb. ſign. l. obligationum.* 44. *§.* 1. *de obl. & act. l.* 14. *l. qui hoc anno.* 42. *l. interdum.* 73. *l. exiſtimo.* 98. *§.* 1. *hoc tit. cum ſimil.* Atque hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etſi dies adjectus non impedit, quominus obligatio ſtatim oriatur, tamen efficiat, quominus
5 ſtatim agi poſſit. Cæterum non levis quæſtio eſt, agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hæred.* circa explicationem horum verborum, *agi*, *peti non poſſe*: utrum ſcilicet ea ſic accipienda ſint, ut nulla prorſus ante diem actio eſſe intelligatur: an verò ſic, ut ipſo quidem jure una cum obligatione protinus naſcatur actio, ſed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intentata exceptione temporis & plus petitionis ſubmoveatur? Ego in hac quæſtione poſteriorem ſententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam cenſeo Salic. in *d. l. un.* & Gomez 2. *reſ.* 11. *n.* 21. Etenim poſita cauſa obligationis proxima, præſenti videlicet obligatione, non poteſt non poni actio. Sed ſunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obſtare exceptio, *§. temporales.* 10. *inſ. de excep.* At exceptio neceſſario præſupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmaturè*, *malè*, & *perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies uſ. leg. ced. l. liber homo.* 118. *§.* 1. *h. t. l.* 2. *§. qui ita.* 6. *de eo quod cert. loc. & tempore plus petere*, *§. ſi quis.* 33. *inſ. de act.* Qui autem nullam omnino actionem habet, ſi quid moverit, is non *male agere*, ſed *inutiliter*, *l. bovem.* 43. *§. pen. de ædil. edict.* nec *plus petere*, ſed *nihil facere* dicitur, *d. l. un. in fin.* Ad hæc effectu nihil intereſſe, utrum ſtipulationi purè factæ dies poſtea adjiciatur, an ab initio adjecto die ſtipulatio fiat, clarè arguit *d. §. temporales.* 10. *inſ. de excep.* & frigidè contra diſputat Donel. ad *l.* 41. *§.* 1. *n.* 41. *&* 2. *ſeqq.* Denique ſi dies finiendæ obligationis cauſa, atque, ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipſo jure non tollit, ſed hoc tantùm efficit, ut per exceptionem actio elidatur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis cauſa, atque ut terminus à quo, efficere non poterit, ne ſtatim obligatio & actio naſcatur; ſed hoc tantùm, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obſtat quod ajunt, contractus & obligationes pendere è voluntate contrahentium, *l.* 5. *C. de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non omnis.* 19. *de reb. cred.* ut proinde cùm debitoris intentio non ſit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adjectum obligationem & actionem naſci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non poteſt, quo placuit, certis modis obligationem conſtitui & finiri, inter quos non eſt tempus *l. obligationum.* 44. *§.* 1. *de obl. & act.* Deinde non hoc in propoſito agunt contrahentes, ne ſtatim naſcatur obligatio, ſed ut differatur obligationis executio. D. Bachov. *hic.*
Magis obſtat *l. interdum.* 73. *h. t.* ubi Juriſconſultus, propoſitis aliquot ſpeciebus ſtipulationum, quæ ex re ipſa dilationem capiunt, ſubjicit, *tunc actionem incipere*, &c. Et mox, *non antecedere diem*, &c. An dicimus, aliud juris eſſe, cùm dies tacitè ineſt, aliud cùm apertè adjicitur? An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l.* 73. confuſim proponuntur, non unam eamdemque eſſe rationem? Sanè enim etſi ſtipulationes illic propoſitæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eamdem tamen habent omnes, ſed aliæ ex tacita conditione, ut ſtipulatio operarum; aliæ ex conditione & die ſimul, ut ſtipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die dumtaxat, ut quod certo loco dari promiſſum eſt: ſecundum quæ niſi prædicta illa, *actionem incipere*, *diem cedere*, commodè explicentur, in certiſſima juris prin- 6

cipia

cipia impingatur neceſſe eſt. Sic ergo ſentio, ex ſtipulatione in diem concepta ſtatim & obligationem naſci & ſimul actionem quoad habitum & actum primum; ſed diem adjectum impedire ſeu ſuſpendere actum ſecundum, id eſt, exercitium actionis & operationem: breviter, ipſo jure etiam actionem competere, ſed quæ intentata ante diem ſtipulatione comprehenſum exceptione repelli poſſit. Quid interſit, actio ipſo jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. ſub tit. de excep.* VINN. Non ſolùm in *l. 73. ff. de V. O.* ſed & in *l. 72. §. ult. ff. eod.* quædam difficultas emergit eadem: *Planè* inquit Ulpianus, *ſi inſulam fulciri quis ſtipulatus ſit, non eſt expectandum, ut inſula ruat, ſic deinde agi poſſit, nec inſulam fieri, ut tantum temporis prætereat, quanto inſula fabricari poſſit. Sed ubi jam cæpit mora faciendæ inſulæ fieri, tunc agetur: dieſque obligationi cedit.* Quæ ſanè repugnare videntur *l. 14. & l. 84. ff. eod.* ubi poſt aliquod temporis intervallum, intra quod inſula confici & abſolvi potuerit, actio naſci dicitur. Sed non repugnant. Verè enim agi poteſt, ubi mora ſit faciendæ inſulæ, quod promiſſor inſulam juſto tempore non inchoaverit, ad id, quod intereſt, moram factam non fuiſſe. Elapſo autem tanto temporis ſpatio, intra quod probabiliter inſula fieri potuiſſet, agitur ad id quod intereſt: inſulam perfectam fuiſſe. Eodem modo explicanda videtur *l. 137. §. 3. ff. eod.* uti rectè obſervavit Harprecht. ad *Inſt. h. t. h. §. n. 5.* HEIN.

Ne eo quidem ipſo die] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem veniſſe, non cùm dies ſtipulatione comprehenſus venit: ſed cùm in dies venit, qui illum ſequitur. Eſt enim is, quo primum pecunia peti poteſt: non is, in quem ſtipulatio collata, *l. cedere diem. 213. de verb. ſign.*

Totus arbitrio ſolventis] Tempus adjectum pro reo, non pro ſtipulatore eſt, *l. 41. §. 1. h. t. l. 17. de reg. jur.* ideoque niſi partes adjecti temporis omnes præterierint, ſtipulator non rectè agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc menſe dari ſtipulatus eſt, is non rectè petit, niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, *l. qui hoc. 42. hoc tit. §. ult. infr. de inut. ſtip.* Planè ſi quis ita ſtipuletur, *hodie dare ſpondes?* puram eſſe hanc ſtipulationem Papinianus reſpondit: neque enim in propoſito diem differendæ actionis inſertum videri, ſed quo præſens oſtendatur eſſe reſponſum, *l. liber homo. 118. §. 1. eod.* Sive autem hac formula concepta ſit ſtipula
7 tio, *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare ſpondes?* ſive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* ſive denique hoc modo, *Poſt Calendas, poſt biennium, poſt nundinas?* non prius rectè peti poteſt, quàm Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promiſſio ſemper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l. 13. l. 41. cum l. ſeq. l. eum qui. 56. §. qui ita. 5. l. 138. eod.* In diverſis temporibus longiſſimum ſequemur, ſicut in ſummis ſequimur minimam, *l. 12. eod.* Quod ſi ſimpliciter hoc modo, *Calendis Januariis dabis?* niſi primas accipimus, inutilis futura eſt ſtipulatio, *d. l. 41. in pr.* Qui certam ſummam in tribus terminis ſe ſoluturum promiſit, in ea cauſa à DD. habetur, ac ſi annua bima trima die promiſiſſet, id eſt, ut univerſa ſumma in tres penſiones annuas dividatur. Sed rectè prudentiſſimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, ſi per relationem aut ſaltem ex conſuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione ſummæ & perſonæ promiſſoris.

TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis cauſa.

3. *At ſi ita ſtipuleris,* Decem aureos annuos quoad vivam dare ſpondes? *& purè facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non poteſt deberi: ſed hæres petendo pacti exceptione ſubmovebitur.*

NOTÆ.

3. *Decem annos*] Sive in ſingulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, ſed multiplicandi cauſa. Eo autem omiſſo confeſtim quidem adhuc decem peti poſſunt, ſed ſemel tantùm, *l. 56. §. 4. h. t.*

Quoad vivam] Quid ſi hoc omiſſum? Tum effectus obligationis etiam poſt mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diverſa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

Quia ad tempus] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi deſinit, puta ſolutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum eſt tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

Pacti exceptione] Vel doli mali propter illa verba *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, ſi quis ſtipuletur decem quoad vivet, non addito annua?*
2 *Quid ſi decem in ſingulos annos, omiſſo quoad vivet?*
3 *Quid, cùm obligatio unius ſummæ in plures penſiones dividitur?*
4 *Quibus rebus differat ſtipulatio in ſingulos annos à ſimili legato? Et qui iſtius differentiæ effectus?*
5 *Quid juris in caſu hìc propoſito?*

AGitur hìc de efficientia diei ſtipulationi adjecti in modum termini ad quem, id eſt, perimendæ obligationis cauſa, docetürque ea conventione non fieri, ut aut ab initio ſuſpenda-

Digitized by Google

tur obligatio, aut poſtea tempore ipſo jure finia-
tur: cæterum ſtipulatorem poſt tempus peten-
tem pacti conventi exceptione ſummoveri. Af-
fertur pro exemplo caſus, quo quis annuum quid
1 ſtipulatur, quoad vivet. Nos verò, ut res pla-
nior fiat, tres caſus diſtinguemus. Primus hic
ſit, ſi quis ſtipuletur decem, *quoad vivet*, non
addito, *annua* aut *in ſingulos annos*. In hac ſpe-
cie reſponſum eſt, decem confeſtim rectè peti,
quemadmodum ſi quis uſque in Calendas dari
ſtipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere
poteſt. Sed & obligationem perpetuari, ideo-
que & hæredem illius, & hunc poſt Calendas
petere poſſe: cæterum petentes exceptione pa-
cti conventi aut doli mali ſubmoveri, *l. eum
qui. 56. §. qui ita. 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obl.
& act.* Utrum autem, qui decem, quoad ſti-
pulator vivet, dare ſpopondit, intelligatur de-
cem ſemel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet,
an decem annua promiſiſſe, quod Donello ibid.
& D. Tuldeno in *comm. hic. cap* 11. & ego quo-
que veriùs puto, (certè uſui loquendi hodier-
no magis convenit) ad id de quo nunc quæri-
tur, id eſt, an ſtatim ex ea ſtipulatione agi
poſſit, & ſemel conſtituta perpetuetur, nihil
intereſt. Alter caſus hic eſto: ſi ita ſtipulatio
2 concepta ſit, *Decem ſingulos in annos dabis?*
omiſſis his verbis, *quoad vivam*. Hic illud pri-
mum tenendum eſt, effectu nihil intereſſe, utrum
quis decem in ſingulos annos, an decem an-
nua, an decem quotannis, aut ſingulis annis
ſtipuletur, uti nec in legato annuo refert, qui-
bus ex his verbis utare, *l. 8. §. ſi in ſingulos. 23.
de tranſact. l. 12. §. noviſſime. 6. quand. dies leg.*
Deinde in hac ſtipulatione adjectionem annorum
non efficere, quo minus ſtatim naſcatur obli-
gatio & actio, *arg. hujus §. 6.* fac. *l. 20. quand.
dies leg. l. eum qui. 56. § 4. h. t.* ac proinde ini-
tio cujuſque anni decem tamquam purè promiſſa
rectè peti. Ratio eſt, quia annorum adjectio
non differendi, ſed multiplicandi cauſa facta in-
telligitur, idque ex eo apparet, quod niſi anni
adjecti eſſent, intelligeremus, ſummam ſemel
tantùm deberi, non ſæpius. Non idem juris
eſt, cùm quid promittitur hoc anno, hoc bien-
nio, & ſemel: quoniam in re, quæ etiam an-
no non adjecto deberetur, non poteſt intelligi
annus adjectus, niſi obligationis differendæ cau-
3 ſa, *l. qui hoc. 42. h. t.* Aliud quoque eſt, cùm
apertè obligatio unius ſummæ in plures penſio-
nes dividitur: veluti ſi centum à te ſtipulatus
ſim, & convenerit inter nos, ut eam diviſis
trium annorum penſionibus præſtare, hìc pri-
mi anni penſio non niſi finito primo anno peti
poteſt: eademque ratio eſt ſequentium, *l. le-
cta. 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. ſi cui. 49.
de legat.* 1. Poſtremo annuam ſtipulationem unam
eſſe & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque
obligatio tranſmittatur, *l. 16. §. 1. hoc tit. argum.
l. 13. C. eod.* Moller. *5. ſemeſt.* 48. quamvis id
neget Bart. *arg. l. ſancimus. 34. §. ult. verſic. ſin
autem. C. de donat.* Nam, ut bene obſervaverunt
Contius & Cujacius in eo verſiculo corruptè
legitur, *vel adjiciatur tempus vitæ*: eo enim mo-
do ſi legas, pugnabit ex diametro d. verſicu-
lus cum principio §. itaque omnino legendum
vel non adjiciatur, ut Græci *lib. 47. Βασιλικῶν*.
Multum ergo differt ſtipulatio in ſingulos an- 4
nos à ſimili legato. Legatum annuum multi-
plex eſt, *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. leg.*
neque infinitum tempus habet, ſed morte lega-
tarii finitur, *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic
enim jus eſt, cùm annuum aut in annuos ſin-
gulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti
legatum purum habeatur, & defuncto poſt mor-
tem teſtatoris legatario, ad hæredem ejus le-
gatum illius anni tranſeat, ſequentium verò an-
norum legata conditionalia exiſtimentur, iiſ-
que ineſſe videatur hæc conditio, ſi legatarius
vivet, ejuſque tantùm anni legatum tranſmit-
tatur, quo legatarius vixit, *l. 4. l. 8. de ann.
legat.* Unde etiam illud eſt, quod per ſingula
legata excutitur perſona legatarii, an jus ca-
piendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diverſa omnia in ſti-
pulatione annua. Hæc una eſt, *d. l. 16. §. 1.
hoc tit.* ut tamen ſit plurium penſionum diver-
ſis temporibus exigendarum & præſtandarum,
l. ſi à colono. 58. de fidejuſſ. Hinc fit, ut con-
ditio ſtipulatoris ſemel tantùm & initio con-
tractus inſpiciatur, *l. ſenatus. 35. §. ult. de mort.
ca. don. l. ſi filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus diffe-
rentiæ hic effectus, ut ſi verbi cauſa ſervus,
cui annuum legatum eſt, primo aut altero
anno poſt mortem teſtatoris conſequatur liber-
tatem, ſequentium annorum legata ſibi acqui-
rat, *l. 12. §. 2. quand. dies leg.* quod ſecus eſſe
dicemus in annua ſtipulatione, *d. l. ſi filius-
fam. 78. & d. l. ſenatus. 35. §. ult.* Poſtremo,
ut jam diximus, ſtipulatio in annos ſingulos
perpetua eſt, nec morte ſtipulatoris finitur,
d. l. 16. §. 1. hoc tit. Cur tam variè? Nimi-
rum quia teſtator in legato annuo, etſi non
adjecerit, *quoad vivet legatarius*, ſoli tamen
legatario conſulere voluiſſe creditur, non hæ-
redi ejus. Præſumptio ex eo, quoniam legata
vel ob meritum perſonæ legatarii, vel ob te-
ſtatoris erga eum benevolentiam relinqui ſo-
lent, *l. 9. cum ſeq. pro ſoc.* quorum neutrum
in hæredem legatarii, utpote quem teſtator non
novit, cadere poteſt. At in conventionibus pro
communi hominum effectu ea mens & cogita-
tio contrahentium eſſe putatur, ut qui ſibi ca-
vet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur,
niſi contrarium probetur, *l. 9. de probat.* Planè
ſi cauſa obligationis cohæreat perſonæ ſtipula-
toris, veluti ſi quid annui in alimenta alicui
promiſſum fuerit, aut ſi medicus certam ſummam
annuam ſtipuletur, *l. 10. §. 1. de ann. legat.* dicen-
dum eſt, tali ſtipulatione perſonam hæredis non
contineri, ideoque ſi petat, doli mali exceptio-
ne poſſe ſubmoveri. Tertius & poſtremus caſus 5
ſit, qui hìc proponitur, ſi quis ſtipuletur,
decem annua, *quoad vivet*, ſibi dari. Juſtinia-
nus expreſsè ait, hoc caſu obligationem purè

factam

Digitized by Google

factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio conſtitui non poteſt. Quamobrem quod proprium eſt puræ obligationis, ex hac ſtipulatione ſimiliter, ut ex ſuperiore, confeſtim ſeu initio cujuſque anni rectè agetur, nec morte ſtipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem caſum intereſt, quod hic hæredes ſtipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis cauſa adjecta eſſe conſtat, *l. eum qui.* 56. §. 4. *hoc tit. l. obligationum.* 44. §. 1. *de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam poſt mortem duret, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.*

Textus.

De Conditione.

4. *Sub conditione ſtipulatio fit, cùm in aliquem caſum differtur obligatio, ut ſi aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur ſtipulatio. Veluti,* Si Titius conſul fuerit factus, quinque aureos dare ſpondes? *Si quis ita ſtipuletur,* Si in Capitolium non adſcendero, dare ſpondes? *perinde erit ac ſi ſtipulatus eſſet, cum moreretur ſibi dari. Ex conditionali ſtipulatione tantùm ſpes eſt debitum iri: eamque ipſam ſpem in hæredem transmittimus, ſi prius quàm conditio extet, mors nobis contigerit.*

Notæ.

4. *Perinde ac ſi cùm moreretur*] In eo utraque hæc ſtipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi poteſt: cæterum illa, *Si in Capitolium non adſcendero*, conditionalis eſt, & obligationem differt: altera verò, *cùm moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l.* 17. *& ſeqq. de cond. ind.*

In hæredem tranſmittimus] Ut exiſtente poſtea conditione etiam hæres ſtipulatoris agere poſſit, *l.* 57. *hoc tit.* fac. *l.* 8. *de per. & commod. rei vend.* Non idem eſt in conditionalibus legatis, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Cur tam variè? Quia ſtipulationes etiam conditionales ex præſenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in ſuſpenſo ſit, *l.* 26. *de ſtip. ſerv. l.* 144. §. 1. *de reg. jur.* Legata autem demum cùm deberi incipiunt, *d. l.* 4. *&* 5. *l. un.* §. 7. *de cad. toll.* Unde & aliæ differentiæ, de quibus in *l.* 42. *de obl. & act. l.* 27. *qui & à quib. man. l.* 78. *hoc tit. l.* 18. *de reg. jur.*

Commentarius.

1 *Quid ſit conditio & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem ſtipulationem ab initio faciant?*
2 *Etiam promiſſiones, quibus tacitè conditio ineſt pro conditionalibus eſſe.*
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris?*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus?*
5 *Pendente conditione nihildum deberi: & quæ inde conſequentia?*
6 *Inſigne diſcrimen circa ſtipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id diſcrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias?*

Hactenus dictum de ſtipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: ſequitur ea, quæ fit ſub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, eſt adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem caſum: ad quem 1
modum etiam hìc definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & caſus, ſive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectiones obligationem non differunt, quales ſunt, quæ ad præſens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. inf. eod.* & quas certum eſt omnimodo extituras eſſe, veluti ſi ſtipuler mihi dari, *ſi morieris; ſi Calendis ſol orietur*, *l* 18. *de cond. ind. l. hæres.* 79. *de cond. & dem. l.* 9. §. 1. *de novat.* pro conditionibus non ſunt habendæ. Enim verò quicquid adjectum rem in incertum eventum differt, id ſive arbitrarium eſt, ſive fortuitum, ſive mixtum ex utroque, ſtipulationem facit conditionalem, *l. centeſimis.* 46. §. 2. *l. quicquid.* 99. §. 1. *l. à Titio.* 108. *l. ita ſtipulatus.* 115. §. 1. *&* 2. *h. t. l.* 2. *l.* 7. *de cond. & dem.* Atque hinc nata diſtinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam ſint caſuales, quæ ſcilicet à ſolo caſu dependent, veluti, *Si Titius conſul factus fuerit, vel non fuerit*. Quædam poteſtativæ, quarum impletio in poteſtate reorum eſt, ut, *Si Capitolium adſcenderis, vel non adſcenderis*. Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris*. Duæ omnino conditiones ſunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impoſſibilis in faciendum concepta, *l.* 7. *h. t.* §. *impoſſibilis.* 11. *inf. de inut. ſtip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi apertè collata eſt, *l.* 17. *d. l.* 46. §. *ult. d. l.* 108. §. *ult. hoc tit. l.* 8. *de obl. & act. l.* 13. *C. de cont. empt.*

Cùm in caſum differtur obligatio] Atque ideo, exiſtente demum caſu, in quem dilata eſt, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere.* 213. *de verb. ſignif.* Differtur autem obligatio in caſu non tantùm 2
conditione conventionis expreſſa, ut in exemplis hìc propoſitis, ſed etiam intellecta ſeu tacitè comprehenſa. Quod ex rebus ipſis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti ſi dies incertus ſtipulationi adjectus fuerit, qui an extiturus ſit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonſtratione rei promiſſæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare ſpondes? l.* 6. *de legat.* 1. *l. nuper.* 85. *de legat.* 3. item in hac, *quod patrem meum debere confiteris, dare ſpondes? l. qui*

Digitized by Google

Romæ. 122. §. *Aggerius.* 4. *hoc tit.* vel ex rei promiſſæ natura: veluti cum promittitur res, quæ nondum eſt in rerum natura; utrum autem futura ſit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis eſt promiſſio fructuum, qui in fundo naſcentur, *l. interdum.* 73. *h. t.* item promiſſio dotis, cui ineſt hæc conditio, ſi nuptiæ ſequantur, *l.* 21. *de jur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & ſi quæ ſunt ſimiles, ſciamus conditionales eſſe.

Committatur ſtipulatio] Committi ſtipulatio dicitur exiſtente conditione, ſub qua ſtipulatio facta eſt, ut jam ex ea agi poſſit, *l. ita ſtipulatus.* 115. §. 1. & 2. *l. qui Romæ.* 122. §. *Aggerius.* 4. *hoc tit.*

Si in Capitolium non adſcendero] Juriſconſulti cùm de conditionibus tractant, creberrimè his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adſcenderis*, aut, *Si in Capitolium non adſcenderis*. Quod ex conſuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut ſacra facturi una cum Pontifice in ſacram arcem ſcandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenen. Od.* 30. *v.* 6.

Non omnis moriar, multaque pars mei
Vitabit Libitinam. Uſque ego poſtera
Creſcam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *cap.* 61. *Exin Capitolium ſcandunt, Deoſque tamdem venerantur.* Plin. *in paneg. cap.* 5. *Tibi adſcendenti de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurrit.* Plura hujuſmodi in veterum ſcriptis obſervavit D. Duar. 1. *diſp.* 15.

3 *Ac ſi ſtipulatus, cùm moreretur*] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo ſunt conceptæ, expectatur, donec certum atque exploratum ſit, fieri amplius non poſſe. Ut ecce, ſi hoc modo ſtipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adſcenderis, dari ſpondes?* non niſi præterito biennio rectè petam, *l. quicquid.* 99. §. 1. *hoc tit.* Idem eſt, ſi conditio in dando poſita ſit, dummodo ſtipulatio à conditione incipiat: veluti ſi ſic ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari ſpondes?* nam & hìc reſponſum eſt, non ante committi ſtipulationem, quàm ſi Pamphilus deſiiſſet poſſe dari, *l. ita ſtipulatus.* 115. §. 2. *eod.* Dixi, ſi ſtipulatio dandi à conditione cœpit: nam ſi non à conditione, ſed ab alia pactione cœperit, veluti ſi ita fuerit concepta, *Pamphilum dari ſpondes? ſi Pamphilum non dederis, tantum dari ſpondes?* committitur ſtipulatio ſimul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, *d. l.* 115. §. 2. His conſequens eſt, ſi ſimpliciter ſic fuerit concepta ſtipulatio, *Dabis, ſi in Capitolium non adſcenderis?* poſt mortem demum rei promittendi ſtipulationem committi; quandoquidem tum demum certum eſſe cœpit, in Capitolium eum adſcendere non poſſe, *d. l.* 115. §. 1. Quod ſi conditio non faciendi in perſonam rei ſtipulandi collocata fuerit, ut in exemplo hìc propoſito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo caſu hæres promiſſoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres ſtipulatoris. In 4
legatis ſub conditione non faciendi collata in poteſtatem legatarii aliud ſervatur, placetque deſiderante legatario, ſtatim repræſentari legatum, dum is caveat, nihil ſe ejus facturum, quod teſtator fieri noluit; ſi contra fecerit, rem una cum fructibus reſtituturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & compoſita eſt, Muciana dicta, *l.* 7. *l.* 18. *l. hæres.* 79. §. 2. *de cond. & dem.* Quæ verò ratio eſt, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admiſſa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati teſtatoris ſatisfieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod ſolùm teſtator creditur ſpectaſſe. In ſtipulationibus autem ſine injuria promiſſoris admitti non potuit. Nam qui promittit ſub hujuſmodi conditione, *ſi in Capitolium non adſcendero*, ſatis apertè hoc agit, ut ne ipſe umquam conveniatur, ſed demum ipſius hæres: & eadem conditione in perſonam ſtipulatoris collata, ne ſtipulator umquam petere poſſit, ſed, illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo ſecundum promiſſorem interpretatio fit, & ſtipulatori imputatur, quod non apertius ſtipulationem conceperit, *l. quicquid.* 99. *h. t.* Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. *conj.* 16. quod niſi hæc cautio inventa eſſet, legata ſub conditione non faciendi interciderent: quam & olim Porcius attulit, & ſolidiorem eſſe nonnulli exiſtimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere poteſt; in legatis falſa eſt: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, ſufficiat, moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inſt.* Gomez. 2. *reſ.* 11. *n.* 37. Cujac. 14. *obſ.* 22.

Ac ſi cùm moreretur] Hoc magna indiget cautione. Nam ſimilitudo harum cautionum, *Si Capitolium non adſcendero, dare ſpondes?* &, *Dabis, cùm moriar?* in eo dumtaxat conſiſtit, quod ex neutra cum promiſſore agi poteſt ante mortem ſtipulatoris: cæteræ ſunt diſſimiles. Quippe prior illa conditionalis eſt, non actionem tantùm, ſed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non rectè agatur, præſens tamen obligatio eſt, *l. nam ſi.* 17. *cum l. ſeq. de cond. ind.*

Tantùm ſpes eſt debitum iri] Vis conditionis 5
omnis hæc eſt, ut pendente ea nihildum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac ſi ab initio purè debitum fuiſſet: deficiente quaſi nulla unquam fuiſſet obligatio, *l.* 6. *de cond. ind. l.* 26. *de cond. inſt. l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. cedere.* 213. *de verb. ſign. l.* 8. *de per. & com. rei vend. l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign.* Cùm itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata ſit, conſequens eſt, id quod ſub conditione debetur, ante eventum condictionis non rectè ſolvi, ac proinde ſi pendente conditione ſolutum ſit, repeti poſſe, *d. l.* 16. *l.* 18. *l. qui promiſit.* 48. *de cond. ind. l. ſtipulatio.* 38. §. *interdum.* 16. *h. t.* eademque ratione nec novari poterit, aut conſtitui,

Digitized by Google

ſtitui, niſi hac lege, ut eadem conditio expectetur, *l.* 14. §. 1. *de novat. l. id quod.* 19. *de pec. conſt.* Hinc intelligitur, quantum interſit inter ſtipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque ſpem in hæredem tranſmittimus] Si pendente conditione aut ſtipulatori aut promiſſori quid humanitus contingat, nihilominus in ſuſpenſo manet obligatio, atque exiſtente poſtea conditione ſtipulatio committitur, ut aut hæres ſtipulatoris agere, aut hæres promiſſoris conveniri poſſit. §. *pen. inſt. de inut. ſtip. l. ſi quis.* 57. *hoc tit. l. in quantitate.* 73. §. 1. *ad leg. Falc.* fac. *l.* 8. *de per. & commod.* Non obſtat regula juris veteris, quæ vetabat, obligationem ab hærede
6 aut contra hæredem incipere. Nam conditio exiſtens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc eſt, ubi ſemel extitit conditio, perinde habetur, ac ſi ab initio ſine conditione obligatio contracta fuiſſet, *l.* 11. §. 1. *qui pot. in pign. d. l.* 8. *de peric. & comm.* Cum ergo diverſum jus ſequimur in conditionalibus legatis, placeatque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec ſpem ullam tranſmitti? *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg. l. un.* §. *ſin autem.* 7. *C. de cad. toll.* Cur, inquam, cùm tam ex cauſa legati conditionalis, quàm ex ſimili ſtipulatione ſpes ſit debitum iri, non æquè ſpes illa tranſmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem ſtipulatoris? Nimirum ideo, quia cùm beneficia ſuprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob cauſam ſolent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, *l.* 9. *pro ſoc.* exiſtimandum eſt, teſtatorem in legando perſonam tantùm legatarii cogitaſſe, eique ſoli, non etiam hæredi ejus, qui incertus eſt, beneficium conferri voluiſſe. At in pactis & contractibus non tam ad perſonas paciſcentium, quàm ad rem familiarem reſpicitur, crediturque quiſque eo animo eſſe, ut non tantùm ſibi, verùm etiam hæredibus ſuis proſpectum velit, *l.* 9. *de probat.* add. Gomez. 2. *reſ.* 11. *n.* 12. D. Tuld. *comm. hic. c.* 7. Ad hæc contractus etſi conditionalis eſt, tamen ex præſenti vires accipit, *l.* 26. *de ſtip. ſerv.* argumento eſt, quod jam ab initio hactenus perſonas contrahentium adſtringit, ut alteri invito altero non liceat ab eo recedere, *l.* 5. *C. de obl. & act.* Unde quoque eſt, quod eum, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, etiam pendente ea, placet creditorum numero in quibuſdam cauſis haberi, *l.* 10. *l. conditionales.* 54. *de verb. ſign. l.* 4. *de reb. auct. jud. poſſ. l.* 9. §. 1. *l.* 11. § 1. *qui pot. in pign. l. filiusfam.* 78. *h. t. l.* 16. *de ſolut.* in quo item diſſimilis cauſa eſt ejus, cui ſub conditione legatum eſt, *l. is cui.* 41. *de obl. & act.* Cujac. in *d. l.* 10. *de verb. ſignific.* Vinn. Et hanc poſteriorem rationem breviter inculcat Paullus *l. ult. ff. comm. prædio*. *Nec enim ſicut viventium, ita & defunctorum exitus ſuſpendi, receptum eſt*. Quæ verba eleganter interpretatus D. Huber. *Prælect.* ad *Inſt. h. t.* §. 3. Hein. Enimverò quod hic ſimpliciter traditum eſt, ex conditionali ſtipulatione, quæ ſpes eſt debitum iri, eam ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti, id plerique opinantur ad eas dumtaxat conditiones pertinere, quæ à caſu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus poteſtatem collatæ ſunt, *argum. l. qui hæredi.* 44. *l. ſi expreſſum.* 69. *l. à teſtatore.* 109. *de cond. & dem. l. ſi ita.* 65. §. 1. *de legat.* 1. Gail. 2. *obſ.* 2. Verùm ego putarem, in contractibus diſtinguendum eſſe inter ipſas conditiones arbitrarias, ut ſiquidem factum contineant cohærens perſonæ, ut alias in opponendo perſona ſolummodo ſpectata ſit, earum implendarum jus ad hæredem non tranſeat. At ſi talis ſit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri poſſit, puta ſi in dando conſiſtat, hìc quia non videtur perſona 7
operave perſonæ ſpectata, dicam, jus implendæ conditionis licet arbitrariæ ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti. Nam cùm hujuſcemodi conditio per quemvis alium noſtro nomine impleri poſſit, cur non & per hæredem poſſit, qui eadem perſona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inſt.* fac. *l. diem.* 27. §. 1. *de recept. arb. l. ſi prædio.* 15. *de in diem addict. l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 2. *C. de pact. int. empt.* vid. Duar. *in Scævol. n.* 14. *& ſeqq.* Cujac. *in l. ſi quis.* 57. *hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic. cap.* 9.

Textus.

De loco.

5. *Loca etiam inſeri ſtipulationi ſolent, veluti* Carthagini dare ſpondes? *Quæ ſtipulatio licet purè fieri videatur, tamen re ipſa habet tempus adjectum, quo promiſſor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipuletur,* hodie Carthagini dare ſpondes? *inutilis erit ſtipulatio, cùm impoſſibilis ſit repromiſſio.*

Notæ.

5. *Impoſſibilis repromiſſio*] Cujus tamen *l. ult.* §. 4. *h. t.* caſum proponit, quo etiam talis ſtipulatio utilis eſſe poteſt.

Commentarius.

Hujus tituli §. 2. cùm de ſtipulatione in diem ageremus, diximus, eſſe quaſdam ſtipulationes, quæ licet verborum figura puræ ſint, tamen ad ſtipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacitè tempus complectantur, atque ex re ipſa dilationem habeant: cujus generis etiam ea eſt, de qua hic agitur, cùm locus ſtipulationi inſertus eſt.

Re ipſa dilationem habet] Cùm ſtipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Epheſi, ſtipulatio verbis pura ex re ipſa dilationem capit: ineſt enim tacitè tempus, quo Carthaginem aut Epheſum perveniri poſſit: nam alioqui præſtatio ſit impoſſibilis, *l. eum qui.* 41. §. 1. *l. interdum.* 73. *l. continuus.* 137. §. 2. *hoc tit. l.* 2. §. *qui ita.* 6.

quod cert. loc. Quodnam verò tempus hìc accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus *d. l. continuus.* 137. §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id eſt, virum bonum, remittendam eſſe, qui æſtimet, habita ratione temporis, περὶ τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα, ætatis, ſexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere poſſit, quod facturum ſe promiſit.

Si quis Romæ, &c.] Si quis Romæ ſtipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem eſſe ſtipulationem placet, *d. l.* 2. §. *quis ita.* 6. *quod cert. loc.* optima ratione, quia tali ſtipulatione cauſa impoſſibilis continetur. Neque enim qui Romæ eſt, intra unum diem poteſt Carthaginem pervenire: niſi verò eo pervenerit, Carthagini dare non poteſt. Igitur impoſſibilitas præſtationis inutilem in caſu propoſito ſtipulationem facit, perinde quaſi impoſſibilis conditio adjecta ſit, cujus adjectione ſtipulationem cæteroſque contractus vitiari conſtat, *l. non ſolum.* 31. *de obl. & act. l.* 7. *h. t.* §. *ſi impoſſibilis.* 11. *inſ. de inut. ſtip.* Diverſo jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet, conditionem impoſſibilem, aut ſpatium temporis ad dandum impoſſibile, pro non adjecto haberi, *l.* 1. *l.* 6. *de cond. inſt. l.* 3. *de cond. & dem. l.* 12. §. 1. *de legat.* 1. Diverſitatis ratio alibi à nobis indicabitur, *d.* §. *ſi impoſſibilis.* 11. Cajus *l. ult.* § *ſi inter.* 4. *h. t.* caſum proponit, quo etiam ſtipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare ſpondes?* valere poteſt, nempe ſi tam ſtipulator, quàm promiſſor ante aliquod tempus ſuo quiſque diſpenſatori notum fecerit, in eum diem futuram ſtipulationem, addito mandato, ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

De Conditione ad tempus præſens vel præteritum relata.

6. *Conditiones, quæ ad præſens vel præteritum tempus referuntur, aut ſtatim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti*, Si Titius conſul fuit: *vel*, Si Mævius vivit, dare ſpondes? *Nam ſi ea ita non ſunt, nihil valet ſtipulatio: ſin autem ita ſe habent, ſtatim valet. Quæ enim per rerum naturam ſunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint.*

NOTÆ.

6. *Ad præſens, vel præteritum tempus*] Conditiones ad præſens, vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non ſunt, ſed tantùm κατὰ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l.* 37. & 39. *de reb. cred. l.* 120. *hoc tit.*

Nihil valet ſtipulatio] Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *ſtatim infirmant obligationem.*

Licet apud nos incerta] Dummodo jam ſint, aut præterierint: ut non ſi à nobis, ſaltem ab aliis ſciantur, *l.* 38. *de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipſa in rerum natura certa ſunt, non rerum naturam, ſed noſtram intuemur inſcitiam, *l.* 21. §. *ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita, Demoſth. *orat. de Rhod. lib.* ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

COMMENTARIUS.

In futuris inſcientiam noſtram inſpici, non rerum naturam: in præſentibus & præteritis contra.

CONditionis proprium eſt, rem in aliquem caſum, id eſt, in incertum eventum differre, §. 4. *ſup.* Id autem fit, cùm oratio in futurum confertur, non cùm in tempus præſens aut præteritum: nam futura tantùm incerta ſunt, præſentia & præterita certa, etſi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, ſermonem ad præſens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, ſi quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, ſi Cæſar victoria potitus eſt.* Sed in propoſito aut ſtatim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, ſi ita non ſit, ſi Rex Parthorum non vivit, Cæſar non vicit: non differri, ſi ita ſit, *l. conditio.* 100. *l. ſi ita.* 120. *hoc tit. l. cum ad.* 37. *cum* 2. *ſeqq. de reb. cred.*

Conditiones, quæ ad præſens] Hæ orationes, *Si Titius conſul factus eſt, Si Mævius vivit*, & ſimiles, quæ ad præteritum aut præſens tempus referuntur, vi & poteſtate conditiones non ſunt: quoniam obligationem non differunt, ſed efficiunt, ut ſtatim aut nihil debeatur, aut purè debeatur: nihil, ſi falſæ; purè, ſi veræ. Pugnant autem, purè deberi, & ſub conditione. Appellantur tamen & ipſæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales ſunt, ut ſignificatur in *l. Cornelius.* 69. *de hær. inſt. l. itaque.* 39. *de reb. cred.* Licebit itaque hìc uti eadem diſtinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus eſſe quaſdam conditiones ſecundum eſſe, quæ ſcilicet verè tales ſunt, & obligationem ſuſpendunt, cujuſmodi ſunt, quæ in futurum conferuntur: quaſdam ſecundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & poteſtatem non obtinent, quales ſunt, quæ ad præſens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum eſt exituras eſſe, veluti ſi quis ſtipuletur ſibi dari, *Si Titius morietur*, *l.* 9. §. 1. *de novat. l.* 17. *cum ſeq. de cond. ind.* VINN. Non magis propriè conditionis nomen meretur conditio impoſſibilis, partim quod ea obligationem non ſuſpendit, ſed perimit, partim, quia eventus jam antea certus eſt, nempe quod conditio numquam ſit extitura. Ergo & hæc propriè dicitur conditio. HEIN.

Aut ſtatim infirmant obligationem] Modeſtin. *l. conditio. h. t.* 100. *perimunt.* Quod abuſivè dici conſtat. Nam ſi rem ſpectamus, falſum id eſt, cùm obligatio perimi non poſſit, quæ nulla eſt.

Sed

Sed cùm ignorantiam noſtram ſpectamus, videtur obligatio ſuſpendi, quia apud nos in ſuſpenſo eſt, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipſius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cùm apud nos certum eſſe incipit, conditionem eſſe falſam.

Nihil valet ſtipulatio] Quod modo dixit, ſtatim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum ſit, ex his verbis intelligitur, nimirum ſi hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falſa ſit, ſtatim nihil valere ſtipulationem, ſeu obligationem non tenere, *l. 37. de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa ſunt] Dummodo jam ſint aut præterierint, ut etiam ab hominibus licet non omnibus ſciantur, *l. reſpiciendum. 38. de reb. cred.* Unde apparet, non rectè cum caſu hìc propoſito comparari caſum *l. ſed etſi. 28. §. ult. de jud.* & *l. 3. ſi pars hær. pet.* Nam quod in utero eſt, adhuc futurum eſt, ac nemo hominum ſcire poteſt, unuſne an plures, & quot in utero ſint, & an naſcituri ſint; ut merito in eo inſcientiam noſtram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura ſunt, *d. l. 28. §. ult. de judic.* quamquam in ſpecie illic propoſita variaſſe Juriſconſultos, conſtat ex *l. eum quidam. 30. § ſumm. 6. de acq. hær.* & diſtingui etiam poteſt inter obligationem ſeu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione eſt, ſolùm pendet, de quo hic quæritur; & petitionem, quæ in judicio inſtituitur, & probationem etiam ejus, quod accidiſſe dicimus, deſiderat, de qua agitur in *d. l. 28. §. ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. ſi ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, ſententiam ſecundum petitorem aut promiſſorem ferre non poterit, licet per ſe verum ſit & certum, valere aut non valere ſtipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno aſſentior, qui putat, hujuſcemodi ſtipulationem, *Si Mævius vivit, dare ſpondes?* quamvis id per ſe verum ſit, non pro pura habendam eſſe, ſed pro concepta in diem. Puram enim eam eſſe oſtendit hic locus, & *l. conditio. 100. hoc tit.* ſiquidem pura dicenda eſt, quæ obligationem omnino non differt, id eſt, cujus dies & ceſſit & venit, *l. cedere diem. 213. de verb. ſign.* ac proinde ſi ſtipulator ſtatim ex tali ſtipulatione agat, non repelletur exceptione, nec cauſa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quaſi perperam agat, & plus tempore petat: ſed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut rectè Jo. Faber *hic*.

Textus.

Quæ in ſtipulatum deducuntur.

7. *Non ſolùm res in ſtipulatum deduci poſſunt, ſed etiam facta; ut ſi ſtipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujuſmodi ſtipulationibus optimum erit pœnam ſubjicere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit. Itaque ſi quis, ut fiat aliquid, ſtipuletur, ita adjici pœna debet*, Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes? *Sed ſi quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione ſtipuletur quis, clauſula hujuſmodi erit adjicienda*, Si adverſus ea factum erit, ſive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare ſpondes?

Notæ.

7. *Sed etiam facta*] *L. 2. pr. eod.* In facto conſiſtere ſtipulatio dicitur, non tantùm cùm quid fieri cavetur, ſed etiam cùm non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quamquam interdum diſtinguuntur, *l. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promiſſum eſt, *l. 14. l. 72. l. 84. eod.* hæc, ſi quid factum ſit contra quàm cautum fuit, *d. l. 2. §. pen. l. 4. eod.*

Optimum erit] Quia difficilis eſt incertæ rei æſtimatio. Sen. *3. de ben. 6.*

Ne quantitas ſtipulationis in incerto] Cùm quid fieri ſtipulamur, incertum ſtipulamur, *d. l. 75. §. 7.* Ratio eſt, quia id in ſtipulationem venit, quod ſtipulatoris intereſt, *l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de re jud.* hoc autem eſt incertum, quoniam non in jure, ſed in facto conſiſtit, *l. 24. de reg. jur.* utpote continens id, quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rem rat. hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri poteſt ſubjecta ſtipulatione pœnæ, *l. ult. de ſtip. præt.*

Commentarius.

1 *Cùm quid fieri ſtipulamur, cur incertum ſtipulari videamur?*
2 *In facti obligatione nunquam factum ita verſari, ut peti poſſit, ſed id quod intereſt duntaxat.*
3 *Facta hìc intelligenda nuda & ſimplicia, non quæ in rei alicujus præſtatione conſiſtunt: tum quid hic juris hodie?*
4 *Id quod intereſt, incertum eſſe, & qua ratione?*
5 *Pœna ſtipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6 *An per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens novetur obligatio?*

INſignis hic locus eſt propter ſtipulationes & obligationes faciendi. Non res tantùm, ſed etiam facta in ſtipulationem deduci poſſe conſtat: unde quædam ſtipulationes in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* Cùm
quid fieri ſtipulamur, incertum ſtipulari vide- 1
mur, *l. ubi. 75. §. qui. 7. eod.* non utique ob id

tan-

tantùm, quod priuſquam quid fiat, incertum
eſt, an fiat, aut ſi fit, incertum quale ſit: ſed
multo magis, quia ſi promiſſor non faciat, per
moram tacita quædam poteſtate juris inducitur
novatio & obligatio in id, quod intereſt, cujus
quantitas eſt incerta, *l. ſi pœnam. 68. eod.* & ideo
utile eſt, ſtipulationi faciendi pœnam ſubjicere;
quod hìc monet Juſtinianus, & Venulejus *l.
ult. de præt. ſtip.* Sed quoniam in hunc locum inci-
dimus, age paulo plenius eum explicemus. In
2 obligationibus faciendi ita jus eſt, ut licet ab ini-
tio & quamdiu fieri poteſt, quod promiſſum eſt,
factum in obligatione verſetur, unde etiam obli-
gatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id
peti poſſit: quippe ex ſtipulatione faciendi pla-
cet, non ante agi poſſe, quàm tempus illud præ-
terierit, intra quod fieri debuit, & potuit, quod
promiſſum eſt; ſed eatenus tantùm, ut promiſ-
ſor præſtando quod promiſit liberetur. Poſt-
quam autem tranſiit tempus, intra quod fieri po-
terat quod promiſſum eſt, exinde contineri inci-
pit, ſolumque deberi, id quod intereſt, *l. 14.
l. ſtipulationes. 72. l. ſi inſulam. 84. l. ſi quis. 112. §.
ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen
quamdiu lis nondum conteſtata eſt, placeat, pro-
miſſorem paratum præſtare quod promiſit, ad-
huc audiendum eſſe, & faciendo liberari, *d. l.
ſi inſulam. 84.* Nam hìc etiam locum habet, quod
de emendatione moræ à Celſo adoleſcente ſcri-
ptum memorat Ulpianus *l. ſi ſervus. 91. §. 3. hoc tit.*
facultatem offerendi mora amiſſam ſummo jure,
ex bono & æquo recipi moræ purgatione. VINN.
Ita quidem vulgo. Sed nulla ex adductis le-
gibus hoc probat. Non enim quæritur, an
qui factum promiſſum non præſtitit deleat id,
quod intereſt? Id leges adfirmant, & nemo
negat. Sed quæſtio eſt, ſi, qui factum ſtipu-
latus eſt, urgeat, ut promiſſa exiſtent, an non
remediis prætoriis compelli poſſit promiſſor,
ut faciat, quod ſe facturum promiſit? Et id
nunquam negant leges. Adeoque falſa ſunt
illa quæ vulgo audiuntur; Ad factum nemo
poteſt cogi. Item; Qui factum promiſit, libe-
ratur, præſtando, quod intereſt. Vid. Cujac.
ad l. 72. ff. de V. O. Coraſ. *Miſcell. lib. II. cap.
3.* Perez. *Erotem. ad §. ult. Inſt. h. t.* D. Huber.
Prælect. ad Inſt. h. t. §. 5. HEIN. Cæterum ex
3 factis ea tantùm huc pertinere arbitror, quæ
nuda ſunt & ſimplicia, ſeu quæ in meris fa-
ciendi finibus conſiſtunt, operamque hominis
& membrorum corporis deſiderant; qualia
ſunt, *Romam ire*, *tabulam pingere*, *inſulam
ædificare*, *foſſam fodere*; cujuſmodi in hac diſ-
putatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc
facta, inquam, hactenus tantùm in obliga-
tione eſſe intelliguntur, ut faciendo debitor
liberetur; peti nunquam poſſunt, ſed id ſo-
lùm, quod intereſt; neque id ſtatim, ſed tum
demum, cùm tranſierit tempus, quo potuit
fieri, quod promiſſum eſt. At ſi factum quod
in conventionem deductum eſt, in rei alicu-
jus præſtatione conſiſtat, ſive ad datio-
nem, dominiive aut juris alicujus translatio-
nem ordinetur, id magis pro donatione,
quàm pro facto habendum puto, *argum. l. in
conventionalibus. 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipſam,
ad quam principaliter reſpicitur, peti poſſe.
Neque enim dubitandum, quin ſi ex cauſa
venditionis ſtipulatus ſim rem mihi tradi, eam
ipſam rem petere poſſim, *l. 11. §. 2. de act.
empt.* Utrum autem ut hoc caſu res peti poteſt,
ita & præcisè præſtanda ſit, an ſolutione ejus,
quod petitoris intereſt, liceat defungi, alibi
fortaſſis tractabitur. In præſentia ſatis eſt nos
ſcire, de quo genere factorum hìc agatur,
nimirum de nudis & puris, quæ extorquere
ab invitis ſpecies quædam ſervitutis videatur.
Duar. in *d. l. ſtipulationes. 72. hoc tit.* Atque
hæc communis quoque DD. ſententia eſt,
vid. Chriſtin. *volum. 1. dec. 323.* Noſtro ho-
dierno jure in omnibus faciendi obligationi-
bus promiſſorem præcisè cogi ad facti præſta-
tionem, tradit Groenevv. *de legib. abrog. ad l.
13. de re jud. per artic. 275. & ſequ. Inſtr. ſup. Cur.
Holl. art. 14. & ſeqq. ampl. Inſtr Cur. provin.* Et
ſanè probant hi textus, poſſe factum in peti-
tionem & condemnationem deduci, quin &
facere recuſantem in cuſtodia aliquamdiu de-
tineri; quod à ratione juris Rom. alienum
videtur. Utique tamen quia factum invito
extorqueri non poteſt, ſi contumax eſſe per-
ſeverat, recurrendum tamen erit ad facti
æſtimationem: quod & iiſdem locis expreſ-
ſum eſt.

Vel non fieri] Stipulatio in facto eſſe etiam
illa dicitur, quod continet, quod eſt in non
faciendo; veluti, *Per te non fieri*, *quominus
mihi ire agere liceat*, &c. *l. 2. §. pen. hoc tit.*
quamquam hæc alibi, ut oppoſita, diſtinguun-
tur, *l. ubi. 75. §. qui id. 7. eod.* Hujuſmodi
verò ſtipulationes nunquam aliter committun-
tur, quàm ſi quid factum ſit contra quàm cau-
tum eſt, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. Cato. 1. eod.* &
ideo neceſſe eſt committi in id, quod inter-
eſt: ſiquidem ejus, quod jam factum eſt,
nomine nihil peti poteſt, niſi id, quod ob
id factum abeſt ſtipulari: id autem eſt
id, quod ejus intereſt, contra factum non
fuiſſe.

Optimum erit pœnam ſubjicere] Stipulatio fa-
ciendi incerta eſt: quæ incertitudo cùm non
levia habeat incommoda, quo-pacto ea in-
commoda vitari poſſint, utile viſum eſt Im-
peratori hìc monere. Incerta eſt hæc ſtipula-
tio, quia id in ſtipulationem venit, quod
ſtipulatoris intereſt. Ratio reddita à Paulo in
l. ſi pœnam. 68. hoc tit. Venire id quod intereſt
& ſtipulatione faciendi contineri, ſatis antea
probatum eſt: quare hoc pro confeſſo nunc
ſumimus. At quomodo hac ratione efficitur, 4
ut ſtipulatio ſit incerta? nimirum quia id
ipſum quod intereſt eſt incertum, *l. ult. ſi
quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.*
vult intelligi. Eſt verò id quod intereſt in-

cer-

Digitized by Google

certum duplici ratione, ab eventu ipſius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod intereſt. Sic enim definitur, ut ſit; quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. ſi comm.* 13. *rat. rem. hab.* Ut ergo quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt, quod fieri debuit: aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet quod promiſſum eſt, quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus: totum verò hoc incertum eſt, quid hìc amittamus aut lucremur; fierique poteſt, ut ſi non fiat quod promiſſum eſt, alias plus alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: ſecundum quæ eadem quoque ejus quod intereſt, æſtimatio facienda, *l. ſi quis.* 13. *in princ. de re jud. l. ſi quis ſtipulatus.* 112. §. 1. *hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujuſque interſit, in facto, non in jure, conſiſtere, *l. quatenus.* 24. *de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum eſt id quod intereſt: neque enim facile probatu eſt, habuiſſe nos aliquid, & propter ceſſationem aut factum promiſſoris amiſiſſe: item nos aliquid lucri facere potuiſſe, ſi factum eſſet quod debuit, & quia factum non ſit, ideo eo lucro nos
5 excidiſſe. Cùm autem id quod in vero eſt, probari non poteſt, illud incommodum ſequitur, quod id quod intereſt, ad minimam ſummam deducatur, *l. ult. de præt. ſtipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis ſi occurri poteſt pœnam ſtipulationi ſubjiciendo, nemo non fatebitur, optimum eſſe, ſi quis ut fiat aliquid ſtipuletur, pœnam ſubjicere, ut ſi ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præſtetur. Nam pœnæ ſtipulatio certa eſt & à re ipſa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis ſtipulationis comprehenſa eſt, à probatione, quia non alia hìc probatione opus, quàm ut de ſtipulatione doceatur; quæ ipſa ſe oſtendit, quid complectatur. Neque verò hìc pœnam promiſſor effugiet paratus præſtare quod intereſt: nam ex conventione pœnæ modus ſtatuitur, non ex taxatione ejus quod intereſt: nec amplius quæritur, an & quanti interſit, ſed an tantùm pœnæ nomine promiſſum ſit, *l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *hoc tit.* §. *alteri.* 18. *infr. de inut. ſtip.* Veriſſi-
6 mum igitur eſt, quod mox ſequitur apud Juſtinianum, ſtipulationem pœnæ ſubjectam ſtipulationibus faciendi efficere, ne quantitas ſtipulationis in incerto ſit, & ne ſit neceſſe actori probare quod ſua interſit. Illud non ineleganter quæritur, an per ſubjectam ſtipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio, quod negamus, per *l.* 10. §. 1. *de pact. l. ita ſtipulatum.* 115. *in fin. pr. l. qui Romæ.* 122. §. 1. *hoc tit. l. ſi quis.* 41. *cum ſeq. l. duo.* 71. *pro ſoc. l. prædia.* 28. *de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præſtandum, quod promiſit: creditor verò liberetur difficultate probandi ejus, quod ſua intereſt factum ſuo tempore quod promiſſum eſt, non ut agendi, ſi velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. *ad d. l. ita ſtipulatus.* 115. *n.* 31. in caſu hujus §. cùm ſtipulationi faciendi ſubjicitur pœnalis, per *l. obligationum.* 44. *in fin. de obl. & act.* effectum tamen ex conſtitutione Juſtiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quàm ſi id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem utrumque in propoſito debetur, & res aut id quod intereſt, & pœna, quamquam alterum dumtaxat peti poteſt, *l.* 4. §. *Labeo.* 7. *de dol. mal. exc. l.* 10. §. 1. *de pact. d. l. ita ſtipulatus.* 115. *hoc tit. l. ſi pro fundo.* 33. *C. de tranſact.* Hoc amplius, qui pœnam conſecutus eſt, rectè adhuc petet, quod pluris ſua intereſt, *d. l. prædia.* 28. *de act. empt. l. ult.* §. *ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod ſi coercendo contemptui pœna adjecta ſit, vel conventioni inſerta clauſula, *rato manente pacto*, & res ipſa peti poterit, & præterea pœna, *l. ſi quis.* 30. *de recept. l.* 16. *de tranſact. l. cum proponas.* 17. *C. eod.* D. Tulden. *hic. cap.* 4. Monendi obiter ſumus, ſtipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præſumi in fraudem uſurarum factam, atque improbari, quatenus pœna legitimum uſurarum modum excedit, *l. pœnam.* 44. *de uſur. l. cum allegas.* 15. *C. eod. l.* 13. §. *ibid.* 26. *de act. empt.* add. Papon. *lib.* 12. *tit.* 9. Charond. *lib.* 6. *reſp.* 59. Imbert. *enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clauſula hujuſmodi] Qua formula concipienda ſit pœnalis ſtipulatio, ſive quid fieri ſtipulemur, ſive quid non fieri, ſive ſimul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco ſatis perſpicuum eſt: adde tamen *l. cum quid.* 71. *l. continuus.* 137. §. *pen. hoc tit.*

Titu-

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 40. Nov. 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re diſceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l.3.§.3.de lib. legat.* conreos appellat, ſi ſequeremur regulas juris de iis, qui ſtipulati ſunt, aut promiſerunt, non erat, cur de his ageretur ſeparatim. Nunc autem quia in his aliquid ſingulare eſt, quod à jure reliquorum ſtipulatorum & promiſſorum longè diſſidet, ideo quidnam id eſſet, proprio titulo exquiritur: quod & factum eſt in ff. & C. Reus à re, id eſt, lite dictus eſt, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib.2.de Orat.cap.43.Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, ſed omnes quorum de re diſceptatur.* Gallus Ælius apud Feſtum, *Reus eſt, qui cum altero litem conteſtatam habet, ſive egit, ſive cum eo actum eſt.* Pomponius *l. 5. de verb. oblig. Conventionales* (ſtipulationes) *ſunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quamquam uſu nunc obtinuit, ut is ſolus, cum quo agitur ſive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam ſcilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpote cui ſoli immineat periculum condemnationis; tamen verbi proprietatem in quibuſdam adhuc retinemus: nec ſolùm reum promittendi, debendi, ſatiſdandi, verùm etiam ſtipulandi, credendi, ſatis accipiendi, dicimus; ut paſſim in titt. hujus argumenti.

TEXTUS.

Quibus modis duo rei fieri poſſunt.

Et ſtipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri poſſunt. Stipulandi ita, ſi poſt omnium interrogationem promiſſor reſpondeat, Spondeo, *ut puta cùm duobus ſeparatim ſtipulantibus ita promiſſor reſpondeat;* Utrique veſtrum dare ſpondeo. *Nam ſi prius Titio ſpoponderit, deinde alio interrogante ſpondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei ſtipulandi eſſe. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt:* Mævi, decem aureos dare ſpondes? & Sei eoſdem decem aureos dare ſpondes? *ſi reſpondeant ſinguli ſeparatim*, Spondeo.

NOTÆ.

Utrique veſtrum dare ſpondeo] Igitur duo rei ſtipulandi ſunt, qui eamdem rem ab eodem in ſolidum ſtipulati ſunt ea mente, ut, quamvis ſolida ſingulis, una tamen omnibus debeatur, *§. prox.*

Singulis ſeparatim ſpondeo] Aut *ſpondemus l. 4. hoc tit.* Duo ergo rei promittendi ſunt, quorum ſinguli eamdem rem eidem ſtipulanti in ſolidum promiſerunt ea mente, ut quamvis ſolidum ſinguli, unum tamen omnes debeant. *l. 2. l. 3. §. 1. eod. & d. §. prox.* Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, niſi id ſpecialiter actum ſit, ut uterque in ſolidum teneatur, *auth. hoc ita. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Duorum reorum ſtipulandi definitio, ejuſque definitionis explicatio.*
2 *Duo rei promittendi qui, & in quo diſcrepent à fidejuſſoribus?*
3 *Orationis diſtributivæ & alternativæ hanc vim eſſe, ut cuilibet attribuatur in ſolidum, copulativè non item.*
4 *Jure noviſſimo non aliter duos reos debendi fieri, quàm ſi id ſpecialiter actum.*

ET *ſtipulandi & promittendi*] Qui ſtipulatur, reus ſtipulandi dicitur: qui promittit, reus promittendi, *l. 1. h. t.* Itaque reus ſtipulandi idem eſt, qui ſtipulator; reus promittendi, qui ſuo nomine alteri quid promiſit. Cæterum ut duo rei fiant, conjunctas eodem tempore aut modico intervallo ſtipulationes eſſe oportet, *l. 6. §. ult. l. 12. pr. hoc tit.*

Stipulandi ita] Duos reos ſtipulandi hoc modo rectè definiemus, qui eamdem rem ab eodem 1 in ſolidum ſtipulati ſunt ea mente, ut quamvis ſolida ſingulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei ſtipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eamdem ſtipuletur, ut ab eodem, ut in ſolidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur ſive res diverſæ à duobus in ſtipulationem deductæ fuerint, ſive unam quidem rem ſinguli ſtipulentur, ſed alter verbi cauſa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, ſed ejus rei partes, non ſolidum; vel ſolidum, ſed non ea mente, ut una res ſingulis debeatur, ſed alteri puta res ipſa, alteri rei æſtimatio; duo rei ſtipulandi non erunt, *hoc text. & §. ſeq. l. 2. l. 9. §. 1. & 2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

Nam ſi prius Titio] Hoc tamen non ita præciſè

ſe accipiendum eſt, quaſi duo rei ſtipulandi ita numquam conſtitui intelligantur, cùm ſingulis ſeparatim interrogantibus promiſſor etiam ſeparatim reſpondet: nam utique ſi hoc actum appareat, ut duo rei ſtipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obſtare hanc reſpondendi formam: ſicut ex converſo nón obſtat, quominus duo rei promittendi fiant, ſi hoc actum ſit, quod ſinguli ſeparatim rogati ſunt & ſpoponderunt, *l.* 3. *in fin. hoc tit.*

2 *Duo rei promittendi*] Vel ex definitione duorum reorum ſtipulandi intelligi poteſt, quinam ſint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum ſinguli eamdem rei eidem ſtipulanti in ſolidum promiſerunt, ea mente, ut quamvis ſolidum ſinguli, unum tamen omnes debeant, *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* §. 1. *inf. eod.* Unum amplius hìc exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus diſtinguatur à fidejuſſore. Illud tenendum eſt, ad conſtitutionem duorum reorum non eſſe neceſſe nominatim adjici, ut correi ſint, aut ut ſolidum ſingulis debeatur, ſingulive ſolidum debeant; ſed id ex forma etiam ipſius ſtipulationis æſtimari, argumento eſt cum hic textus & *l.* 3. & *l.* 4. *eod.* tum quod alioqui fruſtra quæreretur, quod non ſemel quæritur, an & quando duo rei conſtituti videantur. Finge, duos hoc modo ſtipulatos eſſe, *Cuilibet, vel utrique noſtrum dare ſpondes?* aut, *Quilibet vel uterque veſtrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam

3 obligationem. Hæc enim vis eſt diſtributivæ, ut cuilibet attribuat actum in ſolidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. Copulativa verò per ſe eam vim non habet. Unde ſi duo conjunctim decem ſtipulati ſint, aut promiſerint, ſingulis partes viriles debebuntur, aut ſinguli debebunt, niſi repetitum ſit *eadem decem*, *hoc text.* & *l.* 2. *eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei ſint, ſeu ut ſingulis ſolidum debeatur, aut ſinguli ſolidum debeant, *l.* 11. §. 1. & 2. *eod.*

4 Planè poſt conſtitutionem Juſtiniani *Nov.* 99. *cap.* 1. unde *auth. hoc ita. C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi conſtitutum) facti intelliguntur, quàm ſi id ſpecialiter actum ſit, ut uterque in ſolidum teneretur: quod ideo fortaſſis Imperator conſtituit, quoniam ex ſola verborum figura hanc rem diſcerni periculoſum exiſtimavit. Gudelin. 3. *de jur. nov. cap.* 11. & *lib.* 4. *cap.* 7. Chriſtin. *volum.* 5. *dec.* 213. Gail. *obſ.* 28. *num.* 6.

Textus.

De effectu hujuſcemodi ſtipulationum.

1. *Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur, & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo omnium perimit obligationem, & omnes liberat.*

Notæ.

1. *Et ſtipulationibus*] Cujac. & Hotom. *ſtipulantibus*. Theoph. ἢ τῶν ἐπερωτησάντων ἑκάστῳ τὸ ὁλόκληρον ὀφληθήσεται, *& ſtipulantium ſingulis ſolidum debetur.* Rectè.

Vel alter ſolvendo] *l.* 3. *in fin. h. t.* vel acceptum rogando, *d. l.* 2. *l.* 16. *de accept.* novando, ſeu alium debitorem dando, *per l.* 30. *ad SC. Vell.* jurando, *l.* 28. *de jurejur.* non autem paciſcendo: niſi aut ſocii ſint, aut nominatim alter alteri quoque paciſcantur, *l.* 21. §. *ult.* & 4. *ll. ſeqq. de pact.*

Commentarius.

1 *Jure noviſſimo correis debendi competere beneficium diviſionis. In foro tamen mercatorum hoc non obſervari.*

2 *Non ſolùm ſolutione uni ex duobus reis credendi facta, ſed etiam quovis alio modo, qui vice ſolutionis ſit, promiſſore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*

3 *Uno ex duobus reis promittendi ſolvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non protrita.*

4 *An correus, qui totum ſolvit, eo nomine adverſus cæteros actionem habeat?*

In cauſa plurium reorum etſi reſpectu perſonarum, quæ plures ſunt, plures quoque ſtipulationes & obligationes videri poſſunt, *hoc text. l.* 13. *eod.* tamen quoad rem in ſtipulatum deductam ac promiſſam, vique ipſa ac poteſtate, una eſt eademque & ſimplex obligatio, quæ in ſingulis in ſolidum activè & paſſivè conſiſtit. Unde exiſtunt duo obligationes duorum reorum propriæ, quæ hoc §. commemorantur.

Solidum ſingulis debetur, & ſinguli in ſolidum] Hoc primum eſt hujus obligationis proprium, quod & ſingulis eorum ſtipulandi ſolidum debetur, & ſinguli reorum promittendi ſolidum debent: ac proinde illi ſinguli ſolidum exigere, & hi ſinguli in ſolidum conveniri poſſunt, *l.* 2. *l.* 3. §. 1. *hoc tit. l. ſi rem.* 31. §. 1. *de novat.* Cæterum circa reos promittendi Novella Juſtiniani conſtitutione *de reis promitt.* 99. vetus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus à duobus debendi reis in ſolidum à creditore conventus petere poſſit, ut diviſa actione pro parte tantùm conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi poſſit, quàm ſi correus ejus vel abſens ſit, vel non ſolvendo, aut ille beneficio diviſionis renunciaverit. Sententia communis uſuque forenſi recepta. Mynſ. Schneid. *hic.* Gomez. *var. reſ.* 2. *cap.* 12. *num.* 1. Gail. 2. *obſerv.* 14. *num.* 5. Sichard. *in l.* 2. *C. hoc tit. num.* 5. Gudelin. & Chriſtin. *ubi ſupra.*

Grot.

Digitized by Google

Grot. 3. *introduct.* 3. Moller. 5. *ſemeſt.* 62. ubi poſt Jaſon. & Joan. Ronchegall. excipit correos debendi teſtamento conſtitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *dict. Nov.* perperam intellectam, atque ab Irnerio *authent. hoc ita. Cod. hoc tit.* poſitam eſſe alieno loco: non enim de correis debendi in *dict. Nov.* agi, ſed de mutuis fidejuſſoribus, quibus jure veteri beneficium diviſionis, quod cæteri fidejuſſores habent, non competebat, *l.* 11. *princ. eodem.* Argumento utuntur inſcriptione Græca, ἀεὶ ἀλληλεγγύων, qua voce non duo rei, ſed mutui fidejuſſores ſignificentur. Ego verò cum Cujacio exiſtimo, eodem nomine à Græcis appellatos eſſe & correos ſimplices, eo quod & ipſe conditione obligationis quidam quaſi fidejuſſores eſſe videantur, *l. vir uxori.* 17. §. *ultim. ad ſen. Vell.* quod & Conſtantinus obſervavit in Lexico, & ſententia ipſius Novellæ non obſcurè confirmat. Planè ſecundum generalem conſuetudinem Antwerpiæ inter mercatores obſervatam, *d. Nov.* locum non habet in foro mercatorum; ſed poteſt creditor alterum ex duobus reis in ſolidum convenire, & ad ſolutionem totius conſtringere. *Deciſione* 49. *Curiæ Hollandiæ.* VINN. Sed poſterior Novellæ interpretatio, quamvis à Vinnio rejecta, omnino verior eſt non ſolum ob inſcriptionem græcam & verba ἀλληλεγγύους ὑπαδῶμεν, quæ in iſta *Novella XCIX. cap.* 1. occurrunt, ſed cum maxime ob *l.* 11. *ff. de duobus reis*, cui derogatum voluiſſe videtur Juſtinianus, dum ibi negatur beneficium hujuſmodi competere *correis promittendi*, VICE MUTUA *fidejuſſoribus.* HEIN.

Vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo] Alter reorum ſtipulandi accipiendo, alter reorum promittendi ſolvendo: quibus verbis breviter indicatur jus ſingulorum in obligatione tollenda, quod eſt alterum in hac obligatione ſingulare. Sed operæ pretium eſt, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere; quale id jus ſit, ſeparatim exquiri. Duobus rei ſtipulandi hoc in ſumma hìc tributum eſt, ut ſingulis eorum jus ſit, promiſſorem liberare; & liberare quibuſcumque modis creditor, cui aliquid
2 debetur, debitorem ſuum poteſt. Et igitur ſi uni pecunia ſoluta ſit, ex hac cauſa promiſſor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra ſolutionem quicumque modi ſunt, quibus actio aut ipſo jure tollitur, aut per exceptionem ſubmovetur, modo vim ſolutionis habeat, ſi quo ex his unus promiſſorem liberaverit, non à ſe tantùm eum liberabit, ſed à cæteris quoque, totamque tollet obligationem: veluti ſi promiſſori acceptum tulerit, *l.* 2. *hoc tit.* ſi novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. ſi rem.* 31. §. 1. *de novat.* idemque eſt, ſi jusjurandum tulerit, *l. in duobus.* 28. *princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco ſolutionis cedit, *l. jusjurandum.* 27. *eodem tit.* item ſi unus pecuniam ſibi à promiſſore oblatam ſine juſta cauſa accipere recuſarit, eaque poſtea ſine culpa promiſſoris deperdita ſit, per *l. qui decem.* 72. *princip. de ſolution.* Paciſcendo verò ne à promiſſore petat, correo non nocet: quoniam pactum non operatur ultra perſonas, inter quas interpoſitum eſt, nec remiſſio quicquam commune habet cum exactione, *l. ſi unus.* 27. *in fin. pr.* junct. §. 4. *verſic. ante omnia de pact.* His porro conſequens eſt, quod traditur *l.* 2. *hoc tit.* etiam unius ex reis ſtipulandi petitione totam tolli obligationem; quod ſic explicatur in *d. l.* 31. §. 1. *de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere; & apertius in *l.* 11. §. *ſic evenit.* 21. *de legat.* 3. unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum conſequi; ut proinde neceſſe ſit jus alterius conſumi. Hinc reſponſum eſt, ſi unus ex duobus reis ſtipulandi ſemel egerit, alteri promiſſorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus.* 16. *hoc tit.* Ex contrario quoque ſic jus eſt in duobus reis promittendi, ut unus ſolvendo alteri proſit, *hoc text. l.* 3. *in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, *l.* 2. *eod.*
l. ſi ex pluribus. 16. *de accept.* item novando 3
ſeu alium debitorem dando, per *l. ſi pro uno.* 20. *ad ſen. Vell.* ubi Cujac. 8. *ad African.* & jurando, *l. in duobus.* 28. *de jurejurand.* Non autem paciſcendo, niſi forte paciſcentis interſit, puta propter communionem, quia ſocii ſunt, aut ſi nominatim quoque correo ſuo paciſcatur, *l. & hæredi.* 21. §. *ult.* cum 4. *ll. ſeqq. de pact.* Sed nec adverſus unum ex correis debendi inſtituta petitione alter liberatur, utique poſt conſtitutionem Juſtiniani, *l. penultim. C. de fidejuſſ.* nam inter veteres de hac re non conveniſſe in eadem conſtitutione, cum Juſtinianus indicat, tum arguunt hi loci, *l.* 1. §. *ſive apud.* 43. *depoſ. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l. amiſſi.* 52. §. *ultim. de fidejuſſ. l. reos.* 23. *C. eodem* collati *cum l. decem.* 116. illic. *non enim ſunt duo rei de verb. oblig. l. ſi per imprudentiam.* 51. §. *ult. de evict.* Illud ſemper conſtitit, unum ex reis promittendi non poſſe ex alterius perſona compenſationem objicere, *l.* 10. *hoc tit.* neque moram unius alteri nocere, *l. mora.* 32. §. *penult. de uſur.* id eſt, non efficere, quominus re poſtea perempta, & teneatur qui moram fecit, & liberetur qui non fecit, quæ fuſius explicantur à D Donello ad *tit. C. de duobus reis.*
cap. 7. *&* 2. *ſeqq.* Quid ſi unus ex pluribus 4
debendi reis conventus integrum debitum creditori exſolvat, habebitne eo nomine adverſus cæteros actionem? Si meram ſtrictamque juris rationem ſequimur, non habebit, etiamſi ad ſolos correos totum creditum pervenerit, niſi creditor, quod facere cogitur, offerenti ſolutionem actiones ſuas ceſſerit; de

quo

Digitized by Google

quo conſule Sichard. in *l. ſi diviſa.* 13. *C. locat.* Cæterum æquius & benignius eſt, ei, qui ita ſolvit, etiam citra ceſſionem in correos actionem [ſubſidiariam negotiorum geſtorum] accommodari, vel in ſolidum, ſi nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l.* 2. *C. hoc tit.* Ita viſum interpretibus communiter, & ſæpe judicatum eſt teſtibus Ant. Fab. *C. ſuo hoc tit. defin.* 1. Chriſtin. *vol.* 3. *dec.* 114. *& vol.* 4. *deciſ.* 178. contra quam tamen ſententiam diſputat idem Anton. Faber 11. *conject.* 6. *& ſeqq.* Sanè *d. l.* 2. commodè accipi poteſt de correis ſociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converſo, an unus ex reis ſtipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat Bart. *in l. reos.* 11. *hoc tit. n.* 9. Vveſembec. *parat. eod. num.* 7. Concludunt autem, non cogi, niſi vel ſocii ſint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d. l.* 11. *hoc tit. l. in lege.* 61. *ad leg. Falcid. l. qui hominem.* 34. §. 1. *de ſolut.*

Textus.

De ſtipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius pure, alius in diem, vel ſub conditione obligari poteſt: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus eſt, petatur.*

Notæ.

2. *Vel ſub conditione obligari poteſt*] Dummodo eadem res ſit in cujuſque perſona, & cauſa eadem, *l.* 9. §. 1. *l.* 15. *eod.* ut tempus idem ſit aut locus ſolutionis, non eſt neceſſe, *l.* 7. *d. l.* 9. §. *ultim. eod.* Obiter nota, duos reos credendi, & debendi etiam aliis contractibus conſtitui poſſe, denique & teſtamento, *d. l.* 9. *pr. l.* 1. §. 43. *&* 44. *depoſ. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 5. *C. ſi cert. petat.*

Commentarius.

1 *Imparis cauſæ ſuſceptionem impedire duorum reorum obligationem; at quæ in modo, tempore, loco imparitas eſt, non impedire.*

2 *Duos reos credendi aut debendi etiam citra ſtipulationem conſtitui poſſe.*

Duo rei debendi ita conſtitui non poſſunt, 1
ut res diverſæ in eorum obligatione verſentur, *l. ſi id.* 15. *hoc tit.* nec ita, ut imparem unius ejuſdemque rei obligationem ſuſcipiant, aut potius imparem cauſam, puta ut alter culpam præſtet, alter non præſtet, *l.* 9. §. 1. *eod.* At verò ut eodem modo uterque obligetur, neceſſe non eſt: ſed poteſt alius purè, alius in diem vel ſub conditione obligari, ut ex Florent. *l.* 7. *eod.* hic refert Juſtinianus. Nimirum ubi impar cauſa ſuſcipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ verò à modo & tempore eſt imparitas, ea veniente die aut exiſtente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci poteſt ad paritatem; ita Jo. Fab. & Cantiunc. *hic*. Sed nec loci ſolutionis diverſitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque cauſa ſuſcepta intelligatur, *d. l.* 9. §. *ult.* Obiter monendi ſumus, duos reos credendi aut debendi non tantùm verbis ſtipulationis conſtitui, quamquam id uſitatius eſt, ſed aliis quoque contractibus, & denique etiam teſtamento. Credendi, veluti, ſi duo eamdem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum ſingulis in ſolidum obligetur; quod in depoſito indicat Ulp. *l.* 1. §. *ſed ſi duo.* 44. *depoſ.* Teſtamento, ſi teſtator eamdem rem, eamdemve ſummam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio, vel Mævio decem dato*, *arg. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. Debendi, veluti, ſi quis eamdem rem apud duos depoſuerit utriuſque fidem in ſolidum ſecutus, vel eamdem rem duobus ſimiliter commodaverit, *d. l.* 9. *in pr. hoc tit. d. l.* 1. §. *ſi apud.* 43. *depoſ.* Sic etiam ejuſdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, ſi omnes ſe conſtituant ejus pecuniæ debitores, *l.* 5. *C. ſi cert. pet.* & teſtamento, ſi ita ſcriptum ſit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Sejo dato*, *d. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l.* 9. *in fin. per hoc tit.* huc non pertinet, niſi eo caſu, quo apertè teſtator voluit, ut ſinguli hæredes ſolidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, add. Don. *ad hunc tit. cap.* 12.

Digitized by Google

Titulus Decimusoctavus:
DE STIPULATIONIBUS SERVORUM.

Dig. Lib. 45. *Tit.* 3.

Textus.
An ſervus ſtipulari poſſit.

Servus ex perſona domini jus ſtipulandi habet. Sed & hereditas in plerïſque perſonæ defuncti vicem ſuſtinet: ideoque quod ſervus hereditarius ante aditam hereditatem ſtipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi poſtea facto acquiritur.

Notæ.

Ex perſona domini] Servi jure civili pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* & quaſi non ſint, *l. propen. eod.* Theod. Hermopol. *lib.* 7. *tit.* 6. ὁ δοῦλος παρὰ τοῖς νόμοις ἀπρόσωπός ἐστι, τουτέστιν οὐδὲ ὅλως ζῇ, ἢ ὑφίσταται. Cæterum ex perſona dominorum προσωπίζονται, ut ait Theoph. id eſt, *perſonantur*, ut Gloſſ. Gr. Lat. Hinc eſt; quod etiam cum ſervis teſtamenti factio eſt, *l.* 31. *de hær. inſt. v. ſup. eod. tit.* & quod jus ſtipuland. habent, ut hic.

Perſonæ defuncti vicem] *l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. dom. v. ſup.* §. 2. *de hær. inſt.*

Commentarius.

QUod à ſervo aut cum ſervo geſtum eſt, id ex perſona ſervi valere jus civile non patitur: quippe quo jure ſervi pro nullis habentur, *l. quod attinet.* 32. *de reg. jur.* Sed tamen ex perſona dominorum æſtimantur; quod eleganter Theophilus his verbis Græcis expreſſit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τοῦ προσώπου τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται. Ex quo eſt, quod etiam cum ſervis teſtamenti factio ſit, ut & hæredes inſtitui & legatum iis relinqui poſſit; de quo non uno loco *lib.* 2. item quod jus ſtipulandi habent, ut ex eorum ſtipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac ſi ipſe ſibi ſtipulatus eſſet, & vox ſervi vox domini ſit, ſicut vox filii vox patris, §. *ſi quis.* 4. & §. *poſt mortem.* 12. *inf. de inut. ſtip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter ſervum, & qui cum eo contrahit, naſcatur obligatio naturalis, *l.* 14. *de obl. & act.* Vinn. Fundamentum enim hujus juris eſt, quod ſervus ex principiis juris Romani eſt *res mancipi*, non perſona, adeoque ſibi non magis actione ulla quidquam acquirere poteſt, quam jumentum. Atqui hoc principium jus naturæ prorſus ignorat, adeoque conſequens eſt, ut naturaliter ſervus obligetur, tanquam homo intellectu voluntateque præditus. Hein.

Hæreditas in plerïſque perſonæ defuncti vicem] Quoniam dixit, ſervum ex perſona domini jus ſtipulandi habere, videri poterat, ſervum hæreditarium inutiliter ſtipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem perſonæ vicem ſuſtinere, & interim pro domino eſſe: quod etiam identidem à veteribus traditum eſt, *l.* 13. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 15. *de interr. in jure fac. l. mortuo.* 22. *de fidejuſſ. l. hæreditas.* 34. *l. hæreditas.* 61. *de acq. rer. dom.* Ait, *perſonæ defuncti vicem ſuſtinet*, ut etiam ſupra §. 2. *de hær. inſt.* & diſertè Juriſconſulti in *l. non minus.* 31. §. 1. *de hæred. inſt. l. in eo.* 33. *in fin.* & *l. ſeq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra ſcripſit, hæreditatem perſonam ſuſtinere hæredis, *l. novatio.* 24. *de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus ſub *d.* §. 2. *de hær. inſt.* Ait, *in plerïſque*: nimirum quia quædam ſunt, in quibus hæreditas vice perſonæ fungi non poteſt, quæ proinde nec hæreditati per ſervum hæreditarium acquiri queunt: qualia ſunt, quæ factum operamve perſonæ deſiderant: hæc enim conſtat, in rem inanimem, qualis eſt hæreditas, non cadere. Hujus generis res eſt hæreditas: etſi enim ſervus hæreditarius rectè hæres inſtituitur, tamen quia ſine juſſu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus eſt, *l.* 10. §. 1. *l.* 61. *de acquir. rer. dom.* Ejuſdem generis eſt uſusfructus: uſusfructus conſiſtere non poteſt, niſi ſit perſona, quæ fruatur, *d. l.* 61. *l.* 1. §. 2. *quand. dies uſuſf. leg.* & ideo ſervus hæreditarius inutiliter uſumfructum ſtipulatur, *l. uſusfructus.* 26. *hoc tit.*

Textus.
Cui acquirat. De perſona, cui ſtipulatur. De ſtipulatione impersonali.

I. *Sive autem domino, ſive ſibi, ſive conſervo ſuo, ſive imperſonaliter ſervus ſtipuletur, domino acquirit. Idem juris eſt & in liberis, qui in poteſtate patris ſunt, ex quibus cauſis acquirere poſſunt.*

Commentarius.

SErvus ſtipulando domino acquirit, non tantùm ſi ipſi domino dari ſtipulatur, verùm etiam ſi ſibi aut conſervo ſuo: quinimmo etſi imperſonaliter ſeu indefinitè non comprehenſa perſona, puta hoc modo; *Centum dare ſpondes? l.* 1. *l.* 15. *hoc tit.*

In liberis, qui in poteſtate] Filiifam. iis cauſis, ex quibus patri acquiritur, id eſt, ex cauſa pro-

Digitized by Google

profectitii peculii, item adventitii quoad uſumfructum, ſtipulantis eadem ratio eſt, quæ ſervi, patri ut ex his cauſis acquirat, propter jus ſcilicet poteſtatis, quod hactenus ſimile herili, *l. ſtipulatio iſta. 38. §. hi qui. 6. & §. alteri. 17. l. quodcumque. 45. pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Repetenda hìc eſt diſtinctio peculii filiifam. tradita & explicata §. 1. *ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* Planè ſi filius nominatim patri ſtipuletur, hoc caſu etiam ex cauſa adventitii peculii patri in ſolidum acquiret: quippe quacumque ex cauſa ita ſtipulatur, patri acquirit, non ſibi; per ſe enim ſibi acquirere non vult, per patrem non poteſt. Don. *ad d. l. 38. §. alteri. 17. num. 25.*

Textus.

De ſtipulatione facti.

2. *Sed quum factum in ſtipulatione continebitur, omnimodo perſona ſtipulantis continetur; veluti ſi ſervus ſtipuletur, ut ſibi ire agere liceat; ipſe enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

Commentarius.

PRoponitur hìc per modum exceptionis regulæ initio poſitæ, quod cum ſervus factum in ſtipulationem deducit, idque (quod ſubaudiendum eſſe exemplum ſubjectum oſtendit,) in ſuam perſonam confert, in hac ſtipulatione perſona ſervi, non domini, conſideretur. Cæterum revera nihilominus valet & ſubſiſtit hæc ſtipulatio ex perſona domini: quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; juſque ſervum jubendi facere, puta ire agere, pro commodo ſuo, & cui commiſſa ſtipulatione actio in id, quod ſua intereſt, competit. Itaque dicendum eſt, hactenus tantùm in hujuſmodi ſtipulatione perſonam ſervi ſpectari, ut ipſe ſolus, non etiam dominus ejus ex mente promiſſoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l. 38. § hi qui. 6. & ſeq. de verb. obl.* Atque hoc ſenſu alibi dictum eſt, ea quæ facti ſunt, non tranſire ad dominum, *l. qui hæredi. 44. pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat] In hac ſtipulatione non jus, ſed factum verſatur; ideoque perſona ſervi tantùm comprehenſa intelligitur, ut is ſolus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l. 38. §. 6. verſ. cum vero*, quamquam ſervus non ibit aget pro arbitrio ſuo, ſed pro domini, cui illa ſtipulatione jus quæritur ſervum tranſmittendi. Quod ſi ſervus viam, vel iter, vel factum ad fundum domini ſtipuletur, etiamſi ſervi non domini perſona comprehenſa ſit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea ſtipulatione non ſimplex factum, ſed jus ſervitutis continetur, per *l. 17. hoc tit.*

Textus.

De ſervo communi.

3. *Servus communis ſtipulando unicuique dominorum pro portione dominii acquirit: niſi juſſu unius eorum, aut nominatim alicui eorum ſtipulatus eſt; tunc enim ſoli ei acquiritur. Quod ſervus communis ſtipulatur, ſi alteri ex dominis acquiri non poteſt, ſolidum alteri acquiritur: veluti ſi res, quam dari ſtipulatus eſt, unius domini ſit.*

Notæ.

3. *Unius domini ſit*] Aut ſi ſervitutem ad fundum ſtipuletur, cùm unus dumtaxat vicinum fundum habeat, *l. 7. in fin. l. 17. eod.*

Commentarius.

SErvus communis ſic omnium eſt, non quaſi ſingulorum totus, ſed pro partibus, utique indiviſis, ut intellectu magis, quàm corpore partes habeat. Et ideo ſi quid ſtipulatur, vel quaque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini ſunt, verbi cauſa, ſi unus duas partes, alter tertiam dumtaxat habeat, illi commodum ſtipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l. 5. l. 7. hoc tit.* Sed tamen non eſt hoc perpetuum. Nam primum intereſt, utrum hoc modo ſervus communis ſtipuletur, *Dominis meis dare ſpondes?* an expreſſis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio. & C. Sejo dare ſpondes?* nam priore quidem ſtipulatione partes dominicæ debentur, ex poſteriore verò viriles: quoniam dominorum vocabula pro demonſtratione habentur, *l. ſi communis. 37. hoc tit* Sed & tres hi caſus hìc excipiuntur; ſi juſſu unius ex dominis ſtipuletur; ſi uni tantùm; ſi res in ſtipulationem deducta ad unum tantùm pertinere poteſt: placetque, his caſibus uni illi acquiri in ſolidum, *d. l. 5. cum aliquot ſeqq. l. 17. l. ſi ex re. 28. §. 3. eod.* Eſt & quartus caſus ejuſdem naturæ, ſi ſtipuletur ex re unius, *l. ſi alienus. 19. junct. d. l 28. §. 1. eod.* Extra has cauſas, ſive ſibi quid dari ſtipuletur, ſive imperſonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀναλόγως ad eum ſervum transferenda ſunt, in quo plures uſumfructum habent: item ad hominem liberum & ſervum alienum, qui à pluribus bona fide poſſidentur, quatenus ſcilicet hi ex cauſa operarum ſuarum aut re fructuariorũ bonæve fidei poſſeſſorũ ſtipulantur, *l. 19. cum l. ſeq. l. 24. l. 32. & l. ſeq §. 1. eod. vid. ſup. §. 4. per quas per. cuiq. acq.*

Juſſu unius] Ac proinde hoc caſu etiamſi non nominatim ei qui juſſit ſtipulatus fuerit, nihilominus tamen huic ſoli acquiret. Sunt enim hæc duo diſtincta membra, ejuſdemque poteſtatis eſt ſtipulatio juſſu unius facta, cujus facta uni nominatim citra juſſum. Sed quid ſi juſſu contempto ſtipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret dubium fuit; ſed Juſtinianus *inf. §. ult. per quas perſ. obl.* ait, ſe hanc controverſiam deciſiſſe pro eo qui juſſit. Extat conſtitutio ejus in *l. ult. C. per quas perſ. nob. acq.*

TITULUS DECIMUSNONUS.

DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde ſumpta diviſio hic propoſita: eaque ad bimembrem revocata.

PRæceſſere duæ ſtipulationum diviſiones. Quarum prima ducta eſt à diverſo contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §. 2. *ſup. de verb. obl.* altera à diverſitate materiæ, rebus ſcilicet & factis, quæ in ſtipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, §. *ult. h. tit.* Profertur hìc & tertia, ex *l. 5. eod.* quod aliæ ſint judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales, quàm prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen ſpecies non ideo ſic diſtinguuntur, quod poſtrema à cæteris differt conventione, ſed quod origine & conventionis cauſa; ut appareat, diſtinctionem hanc ſumptam eſſe à cauſis efficientibus. Nam etſi nulla eſt ſtipulatio, quæ non habeat conventionem; non omnes tamen ita habent, ut inde primum naſcantur, ſed ſolæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Poteſt hæc diviſio commodè revocari ad bimembrem, ut dicamus, ſtipulationum quaſdam eſſe neceſſarias, quaſdam voluntarias. Neceſſarias, quæ invitis pro auctoritate prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ ſunt conventionales, eo quod ex ſola conventione partium fiunt, *d.l. 5. pr. verſ. conventionales.*

TEXTUS.

Diviſio.

Stipulationum aliæ ſunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoriæ, quàm judiciales.

1. Judiciales ſunt dumtaxat, quæ à mero judicis officio proficiſcuntur: veluti de dolo cautio, vel de perſequendo ſervo, qui in fuga eſt, reſtituendove pretio.

NOTÆ.

Aliæ judiciales, aliæ prætoriæ] Ex Pomp. *l. 5. de verb. obl.*

1. *Veluti de dolo cautio*] Puta in actione in rem vel quod metus cauſa: nam judex in reſtituenda re, de qua agitur, caveri jubet dolum malum abeſſe, *l. 20. l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & 7. quod met. ca.* & parere recuſantem condemnat in id, quod adverſarii intereſt.

COMMENTARIUS.

1 *Uſus ſtipulationum judicialium, & in his officium judicis.*

2 *Exempla harum ſtipulationum, & quædam non allegata in textu.*

QUæ à mero judicis officio] Mero, id eſt, ſolo. Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam prætoriæ etiam eo 1 omiſſo ſatis excluduntur. Igitur judiciales ſtipulationes ſunt, quæ à judicis officio proficiſcuntur, ſeu quas judex pro officio ſuo interponi jubet; ac proinde his locus non eſt, niſi poſt litem conteſtatam: nam tum demum judex quis eſſe incipit, *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis ſcimus poſitum eſſe tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoſcat, tum ut de ea re ſententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum abſolvendo, *l. qua de re. 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud.* Ergo ſi quis judex lite conteſtata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recuſantem condemnet in id, quod adverſarii intereſt, aut reum abſolvat, ſciamus, hoc proficiſci ab officio judicis, ſtipulationeſque juſſu ejus interpoſitas *judiciales* nominari, etiamſi prætor ſit, aut alius magiſtratus, qui de cauſa cognoſcit: quippe cùm in eo non magiſtratus, ſed judicis pedanei partibus fungatur. Alio ſenſu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l. 1. de præt. ſtipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum ſit; ſeu judicii futuri ſtabiliendi cauſa, ut judicatum ſolvi, & ex operis novi nuntiatione; quæ ſpecies ſunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ ſpecies hìc afferuntur, 2 de dolo cautio, in actione in rem vel quod metus cauſa: nam judex in reſtituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abeſſe, *l. præterea. 20. l. ſi homo. 45 de rei vind. l. 9. §. Julianus. 5. & §. ex hoc. 7. quod met. ca.* item de ſervo perſequendo & reddendo, qui in fuga eſt, *l. ſervo legato. 69. §. ult. de legat. 1. l. item ſi. 14. §. quod ſi homo. 11. quod met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciſcundæ, *l. & puto. 16. l. hæredes. 15. §. contra. 10. famil. erciſc.* itemque officio judicis addicti vindicationibus ſervitutum, *l. 7. l. 12. ſi ſerv. vind.* & aliis actionibus.

TEX-

Digitized by Google

TEXTUS.

De prætoriis.

2. *Prætoriæ ſunt, quæ à mero prætoris officio proficiſcuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem ſtipulationes ſic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ: nam & hæ à juriſdictione prætoris veniunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde cognoſcantur ſtipulationes prætoriæ? earum uſus, & varia exempla.*

2 *Quibus in cauſis locus ædilitiis, & mendum è textu ſublatum.*

3 *Diſtinctio judicialium & prætoriarum: quæ alias nunc minus conſpicua, ad uſum fori hodiernum accommodata.*

A *Mero prætoris officio*] *A mero*. Hoc ad judiciales excludendas ſupervacuum: ſed additum hìc itidem, ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficiſci dicuntur, quæ à juriſdictione veniunt. Hoc ex eo cognoſce-
1 mus, ſi extra judicium cautio injungatur, & adverſus recuſantem procedatur remediis magiſtratus propriis, puta miſſione in poſſeſſionem bonorum ejus, aut denegatione juriſdictionis. Igitur quod hoc loco ſcriptum eſt, & *l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* cautiones, quæ præſtantur ex cauſa damni infecti & legatorum ſervandorum, ſtipulationes eſſe prætorias, id hinc intelligimus rectè dici, quoniam extra judicium injunguntur, & niſi caveatur, mittitur adverſarius in poſſeſſionem bonorum ejus, qui non cavet. *l. 7 de damn. inf. tit. ut leg. nom. cav. & tit. ut in poſſeſſ. leg.* Similiter cautiones judicatum ſolvi, & ratam rem haberi, hinc cognoſcimus, eſſe prætorias, ut ſcriptum eſt in *l. 1. §. 1. & 2. de præt. ſtip.* quia & ipſæ lite nondum conteſtata exiguntur, *§. ſi verò. 5. inf. de ſatiſd. l. Pomponius. 40. §. pen. de procur.* & qui illam præſtare recuſat, eum prætor non admittit ad alienam defenſionem, *§. 4. & 5. inf. d. tit.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, *§. 3. d. tit. l. mutus. 43. §. pœna. 4. de procur.* Ejuſdem generis eſt & cautio fructuaria: nam ſi uſusfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio uſusfructus, *l. 7. uſusfr. quemadm. cav.* Plures recenſet D. Cujac. in *l. 5. de verb. obl.*

Continentur etiam ædilitiæ] Ædilitiæ ſunt,
2 quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morboſam non eſſe, ſervum fugitivum non eſſe, erronem non eſſe*, & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l. 1. & paſſim, de edil. edict. l. ſi ita quis. 31. & l. ſeq. de evict.* Hæ ſtipulationes omnes proficiſcuntur à mero ædilis officio, quia jubet ædilis eas interponi ſine ullo judicio, ac niſi interponantur, venditorem non condemnat, ſed actionem adverſus eum dat ad redhibendum intra duos menſes, vel quanti emptoris interſit, intra ſex menſes, *l. ſi venditor. 28. de edil. edict.* in quo licet agnoſcere ædilis quatenus ædilis, id eſt, magiſtratus & jus dicentis auctoritatem, *l. 1. de juriſd.* VINN. Prætoris ergo vocabulum hìc in ſenſu latiſſimo accipi videtur pro quovis magiſtratu, cui eſt juriſdictio. Unde & proconſ. in provinciis ſi ſtipulationem interponi jubebat, prætoria hæc dici poterat ſtipulatio. Quo obſervato nec admodum neceſſaria videtur emendatio, de qua paullo poſt auctor noſter. Jus enim ædilitium fere ſub prætorio comprehendebatur §. 7. *Inſt. de I. N. G. C.* & Conf. Rittershus. *h. t. p.* 438. HEIN.

A juriſdictione prætoris] Vox *prætoris* abeſt à *l. 5. de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum deſcriptus eſt: & expungendam cenſeo cum Ruſſard. Baron. Donell. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ ſtipulationes non poſſunt dici venire à juriſdictione prætoris, cùm veniant à juriſdictione ædilium, quod expreſſit Theophilus: ſed quod de prætoriis tamquam principali ſpecie ſtipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias rectè refertur: quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & cauſam habent, videlicet juriſdictionem magiſtratus. Neque aliud Juſtinianus hìc, aut Pomponius in *d. l. 5.* ſentiunt. Hodie hæc prætoriarum & judicialium ſtipu- 3
lationum diſtinctio minus conſpicua eſt, poſtquam judices à magiſtratu dari deſierunt, idemque nunc judex, qui prætor ſeu magiſtratus. Diſtinguunt verò nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod eſt judicis, qua magiſtratus eſt, & quod vi juriſdictionis atque imperii ſui exercet; & mercenarium, quod eſt ejuſdem, qua judex, & nudæ notionis, ſubſerviens actioni inſtitutæ. Itaque prætoriæ ſtipulationes etiamnum ſunt & dici poſſunt, quæ extra judicium aut ante litem conteſtatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l. 4. de juriſd.* judiciales, quæ poſt litem conteſtatam inſtituti judicii promovendi cauſa.

TEXTUS.

De conventionalibus.

3. *Conventionales ſunt, quæ ex conventione utriuſque partis concipiuntur: hoc eſt, neque juſſu judicis, neque juſſu prætoris, ſed ex conventione contrahentium, quarum totidem ſunt genera, quot (pæne dixerim) rerum contrahendarum.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

EX *conventione utriuſque partis*] Pomponius ex conventione reorum, *l. 5. hoc tit.* Ex conventione autem ſic accipe, ex conventione ſola: nam & cæteræ ſtipulationes ex conventione partium conſtant: at non inde ſolùm proficiſcuntur, ſed prima eorum cauſa eſt auctoritas jubentis. Unde exiſtit & hæc differentia, quod prætoriæ ſtipulationes ex mente ipſius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l. 1. §. ult. l. in prætoriis. 9. de præt. ſtip.* & quod in prætoriis, ſi quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id juriſdictionis prætoriæ ſit: in cæteris contra, *l. in conventionalibus. 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de ſtip. præt.*

Quot verum contrahendarum] Id eſt, obligationum ſeu negotiorum, quæ contrahi poſſunt. Et ideo neceſſe non fuit ullam conventionalium ſtipulationum exempli cauſa proferre, ut factum in ſuperioribus, quæ non æquè notæ & uſitatæ. Illud (*pæne dixerim*) tantùm modeſtiæ cauſa additum videtur: nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, ſuper quo ſtipulatio non rectè interponatur.

TEXTUS.

De communibus.

4. *Communes ſunt, veluti rem ſalvam fore pupillo, (nam & prætor jubet rem ſalvam fore pupillo caveri, & interdum judex; ſi aliter hæc res expediri non poteſt,). vel de rato ſtipulatio.*

NOTÆ.

4. *Et prætor jubet rem ſalvam*] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l. 1. §. 2. de ſtip. præt.*

De rato ſtipulatio] Hæc eſt, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem poſtulante; quæ & ipſa prætoria fere eſt, *l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* Cæterum ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit, & poſtea certum eſſe cœperit, falſum eſſe procuratorem, rectè judex hanc ſatisdationem ab eo exigit, per *d. l. 1. C. de ord. jud.* Add. Pomp. *l. 5. de verb. obl.* & ſtipulationem duplæ, qua ſc. venditor cavet *rem vitioſam non eſſe*, &c. *l. 32. de evict.* aſſidua dicitur *l. 31. §. 20. de ædil. ed.* & hæc interdum juſſu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d. l. 5. de verb. obl.* Cautè hic legendus Theoph.

COMMENTARIUS.

1 *Cur duas ſtipulationes hic propoſitas Ulpianus prætorias, & quo ſenſu quaſdam communes appellet?*

2 *Rem pupilli ſalvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex? Et Theophilus notatus.*

3 *Idem quæritur in ſtipulatione rem ratam haberi.*

4 *An ſtipulatio duplæ, & quando communis?*

STipulationes communes ſunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente judice, *d. l. 5. in pr. verſ. communes*. Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli ſalvam fore, & 2
rem ratam dominum habiturum. Ulpianus *l. 1. §. 2. de ſtip. præt.* utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare eſt, rem æſtimans. Quod & nos conſideravimus *ſup.* §. 2. Apud Pomponium *d. l. 5.* refertur & tertia ejuſdem generis, ſtipulatio duplæ: neque plures, quod ſciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, ſenſu appellentur, occurrunt. Longè enim aliter atque hoc loco communes accipiuntur ab Ulpiano *l. 1. de ſtip. præt.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicii conſtituendi firmandique cauſa interponuntur, & ſimul cautionales ſunt, ut inſtar actionis habeant; quales ſunt, quæ fiunt judicio ſiſtendi cauſa, *d. l. 1. §. 3.*

Rem ſalvam fore pupillo] Hæc ſtipulatio regulariter juſſu prætoris interponitur, nullo interveniente judicio aut cauſæ cognitione; & ni caveat tutor, pignoribus captis aut mulcta indicta coercetur, *ſup. de ſatiſd. tut. pr.* junct. §. *pen. l. 1. de adm. tut.* quorum nihil eſt judicis, qui nudam dumtaxat notionem habet, *l. 5. de re jud.* junct. *l. 4. de juriſd.* Sed finge, debitorem pupil- 2
li conventum à tutore, poſt litem conteſtatam demum inter moras judicii cognoviſſe non ſatisdediſſe tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere; utique audiendus erit, *arg. l. 3. C. de tut. qui ſat. non ded.* & officio judicis injungetur ſtipulatio. Quippe quæ propria magiſtratus ſunt & juriſdictionis, ſi de his principaliter agatur; ea ſi in judicium per conſequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l. 1. C. de ord. jud.* Apertè autem hic lapſus eſt Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres: qui dum probare cupit, ſtipulationem rem pupilli ſalvam fore aliquando judicialem eſſe, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem conteſtatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus eſt. Quo caſu non poteſt non eſſe prætoria, cùm eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex ſit. Eumdemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri ſatis

ha-

Digitized by Google

habent, lectorem, tamquam in re explorata, ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non poteſt] His verbis, *hæc res*, perſpicuum eſt non intelligi cautionem, ſed judicium ſeu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim ſemper per prætorem expediri poteſt, ſi ab eo ſtipuletur; judicium verò non ſemper, niſi juſſu judicis cautio interponatur.

Vel de rato ſtipulatio] Stipulatio de rato ſeu
3 ratam rem haberi, ea eſt, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem poſtulante. Hæc itidem regulariter juſſu prætoris, atque ante litem conteſtatam interponitur. Cæterum ſi in lite conteſtanda omiſſa ſit, & poſtea eeptum eſſe cœperit, eum, qui tamquam procurator experrus eſt, falſum procuratorem eſſe, rectè poſtulante adverſario hanc judex ſatiſdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius. 40.§. pen. de procur.* lite ſemel conteſtata, procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plenè conſtat, & aliqua pro procuratore præſumptio eſt, locum habet, quo ſcilicet caſu ante litem conteſtatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l. 1. C. de procur.* Neque obſtat regula de exceptionibus dilatoriis, quales ſunt procuratoriæ, poſt litem conteſtatam non opponendis, *l. 4. C. de juriſd. l. 13. C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicii. Cujuſmodi inter alias eſt exceptio falſi procuratoris, *d. licet. 24. C. de procur.* ubi Sichard. *num. 2. & 3.* Gail. 1. *obſ. 37. num. 2.* Pomponius 4
d. l. 5. de verb. obl. communium ſtipulationum numero adſcribit & ſtipulationem duplæ, eamque ait vel ab judice venire, vel ab ædilis edicto, id eſt, interdum judicis juſſu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hîc interpretemur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non eſt unius ædilis, ſed plurium, *l. 1. & paſſim. de ædil. edict.* neque ſententia; quod manifeſtè arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc ſtipulatio communis? An cùm ob evictionem interponitur? minimè. Hæc enim petitur actione ordinaria, ſemperque judicialis eſt, numquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed eſt præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas cauſas petitur, de quibus edicto ædilium cavetur, puta rem vitioſam non eſſe, morboſam non eſſe, &c. *l. quia dicitur. 32. de evict.* ſtipulatio *aſſidua* ab Ulpiano appellatur, *l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua. 20. de ædil. edict.* De his rebus qui ſibi duplam promitti poſtulat, is adverſario recuſante aut agit ex empto præciſè ad duplam, qua parte judicialis eſt; aut redhibitoria, & hîc eſt ædilicia, quia poſt litem conteſtatam numquam interponitur. Don. *in d. l. 5. pr. n. 27. & 28.*

TITULUS VIGESIMUS.

DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

C. Lib. 8. Tit. 39.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis ſit ſtipulatio?

Hactenus viſum, quomodo verborum obligatio rectè contrahatur, ſtipulationeſque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ ſtipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etſi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco inſtituitur, ut in argumento communi: quippe cùm, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum eſt, ſtipulationes inventæ ſint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere noviſſima parte cujuſvis negotii ſubjici ſoleant. Ut vitioſa ſit atque inutilis ſtipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles ſunt propter materiam ſeu rem in obligationem deductam; quædam propter defectum cauſæ efficientis, aut qualitatem perſonæ ſtipulantis promittentiſve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ ferè ſumma eſt eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem cauſis fit, ut ſtipulatio ipſo jure ſit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibuſdam etiam modis fit, ut inutilis ſit non ipſo jure, ſed ut ex ea agens exceptione ſubmoveatur, *inf. de except.*

TEXTUS.

De his quæ ſunt in commercio.

Omnis res, quæ dominio noſtro ſubjicitur, in ſtipulationem deduci poteſt, ſive ea mobilis ſit, ſive ſoli.

NOTÆ.

Dominio ſubjicitur] Id eſt ſubjici poteſt, aut ſolet, ὑποτίθεσθαι δύναται, Theoph. verba enim in diſciplinis potentialiter accipiuntur.

COMMENTARIUS.

Dominio noſtro ſubjicitur] Id eſt, ſubjici poteſt. Nam & ea, quæ nondum in dominium noſtrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum ſunt, in ſtipulationem deduci poſſunt; veluti frumenta, quæ in herbis ſunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum. 73. l. ubi autem. 75.* §. *il-*

Vinnius in Inſtitut. Xx 3

§. illud. 4. de verb. obl. §. ea quoque. 7. ſup. de legat.

Sive mobilis ſit, ſive ſoli] Poterat adjungi *ſive ea corporalis ſit, ſive incorporalis*: nam & jura in ſtipulationem rectè deducuntur, veluti uſusfructus & ſervitutes prædiorum, *§. 1. ſup. de uſufr. §. ult. ſup. de ſerv. præd.* Quin etiam non modo res in ſtipulationem utiliter deducuntur; verùm etiam facta, ut ſuperius docuimus ſub *§. ult. de verb. obl.*

Textus.

De his quæ non ſunt.

1. *At ſi quis rem, quæ in rerum natura non eſt, aut eſſe non poteſt, dari ſtipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus ſit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit, inutilis erit ſtipulatio.*

Notæ.

1. *Aut eſſe non poteſt*] Particula disjunctiva *aut* poſita videtur pro conjunctiva, ut interdum ſolet, *l. 53. de verb. ſign.* Nam v. c. fructus futuri rectè in ſtipulationem deducuntur, *l. 73. de verb. obl.*

Hippocentaurum] Lucret. *lib. 5. v.* 878. Sen. *Epiſt.* 58. Cic. 2. *de nat. Deor. cap. 2. Quis*, inquit *Hippocentaurum fuiſſe credat?* Plinius tamen fuiſſe tradit *lib. 7. cap. 3.*

Inutilis erit ſtipulatio] *d. l. 1. §. 9. de obl. & act.* adeo ut nec æſtimatio debeatur, nec pœna eo nomine promiſſa committatur, *l. 69. l. 103. de verb. obl.*

Commentarius.

1 *Canones, qui obſervandi circa materiam ſtipulationum: tum conſectaria inde deducta.*

2 *Quid ſi in ſtipulatum deducta res, quæ eſſe deſiit?*

3 *Quid ſi quæ nec eſt, nec umquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

HOc §. & *ſeq.* docetur, quibus modis fiat, ut
1 inutilis ſit ſtipulatio propter id, quod in eam deductum eſt. Quæ res ut perfectius intelligatur, duo hi canones prius nobis obſervandi ſunt. 1. Ut valeat ſtipulatio, neceſſe eſſe, ut id quod in eam deductum eſt, dari aut fieri per rerum naturam aut leges poſſit. 2. Ut intelligatur, quid illud ſit, & quam utilitatem affectat ſtipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in univerſum fieri, ut ratione materiæ inutilis ſit ſtipulatio, ſi dari fierive natura aut jure non poteſt, quod promiſſum eſt, *l. ſi ſtipuler. 35. de verb. obl.* eoque pertinet regula juris *l. impoſſibilium. 185. de reg. jur.* ſi propter incertitudinem non poteſt intelligi, quid ſit, & quam habeat utilitatem, *l. triticum. 94. l. ita ſtipulatus. 115. d. tit.* Quando in ſtipulatione faciendi hoc accidat, videbimus *inf. ſub §. quod turpi. 23.* [illegible], quæ dari non poſſunt, tria fere ſunt genera: quæ non ſunt in rerum natura nec eſſe poſſunt, quæ commercio ſunt exemptæ; quæ ſtipulatoris ſunt propriæ *l. 1. §. ſi id quod. 9. & §. ſeq. de obl. & act.* De primo genere agitur *hoc §.* de reliquis *§. ſeq.* Incertitudinis, quæ ſtipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum. 94. & d. l. ita ſtipulatus. 115. pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non eſt] Primum genus rerum, quæ dari non poſſunt, ac proinde inutiliter in ſtipulationem deducuntur, earum rerum eſt, quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt in rerum natura.
Id iterum in duas abit ſpecies. Nam harum re- 2
rum aliæ fuerunt, ſed deſierunt eſſe; aliæ ne fuerunt quidem umquam. Illarum numero ſunt, homo mortuus, ædes deuſtæ, &c. *l. 1. § ſi id quod. 9. de obl. & act. l. homo. 69. de verb. obl.* Quod autem harum rerum ſtipulationem inutilem eſſe dicimus, hoc eo maximè ſpectat, ut intelligamus, nec æſtimationem earum deberi, *l. liber homo. 103. de verb. obl. § 4. ſup. de legat.* nec pœnam eo nomine promiſſam committi, *d. l. ſi homo. 69. de verb. obl.* Planè ſi res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari poſſe deſierit, aut ſi is in re præſtanda moram fecerit, placet, creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc ſtipulari, *l. inter ſtipulantem. 83. §. pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. ſi ex legat. 23. l. ſi ſervum. 91. §. 3. eod.*

Hippocentaurum, qui eſſe non poſſit] Exemplum 3
rerum, quæ ita non ſunt, ut nec umquam fuerint. Cic. 2. *de nat. Deor. cap. 2. Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimeram fuiſſe putat?* Lucret. *lib. 5. v.* 878.

Sed neque centauri fuerint, neque tempore in ullo
Eſſe queat duplici natura & corpore bino
Ex alienigenis membris compacta poteſtas.

Stoici apud Senecam Epiſt. 58. *In rerum*, inquiunt *natura quædam non ſunt. Et hæc autem, quæ non ſunt, rerum natura complectitur, quæ animo ſuccurrunt, tamquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falſa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet ſubſtantiam.* Plinius tamen *lib. 7. c. 3.* teſtatur, Claudium Cæſarem ſcribere, Hippocentaurum in Theſſalia natum eodem die interiiſſe. *Et nos*, inquit *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum utut hoc verum ſit, tamen quia portenta & monſtra hæc ſunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Theſſaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte, (ut Poetæ fabulantur,) hominum, poſteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occaſionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt; non ſine horrendo vicinorum populorum ſpectaculo, à quibus primum conſpecti equis inſidentes, crediti ſunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum noſtrorum memoria evenit.

Tex-

Digitized by Google

Textus.

De his, quæ non ſunt in commercio.

2. *Idem juris eſt, ſi rem ſacram, aut religioſam, quam humani juris eſſe credebat, vel publicam, quæ uſibus populi perpetuo expoſita ſit, ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem, quem ſervum eſſe credebat; vel cujus commercium non habuerit; vel rem ſuam dari quis ſtipuletur. Nec in pendenti erit ſtipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt, & commercium adipiſci ſtipulator poteſt: ſed protinus inutilis eſt. Item contra, licet initio utiliter res in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in aliquam eorum cauſam, de quibus ſupra dictum eſt, ſine facto promiſſoris devenerit, extinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit:* Lucium Titium, cum ſervus erit, dare ſpondes? *& ſimilia. Quæ enim natura ſui dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt.*

Notæ.

2. *Humani juris eſſe credebat*] Et multo magis ſi ſciebat eam humani juris non eſſe, *arg. l. 31. de obl. & act.*

Nec rem ſuam dari] *l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10. de obl. & act.* cui conſequens eſt, nec pretium rei ex ea ſtipulatione deberi. Sed pretium rei meæ rectè ſtipulor, & rem meam mihi reſtitui, *d. l. 82.*

Protinus inutilis] Protinus, id eſt, ſtatim, εὐθὺς, παραχρῆμα. Huc pertinet regula: *Quod initio vitioſum eſt*, &c. *l. 29. de reg. jur.*

Licet initio utiliter] *l. 51. l. 83. §. 5. de verb. obl.* ſunt hæc exempta regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ rectè geſta ſunt, reſolvi, ſi in eum caſum inciderint, à quo non poterant incipere, *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de ſervit.*

Sine facto promiſſoris] Secus eſt, ſi facto aut culpa promiſſoris res commercio exempta, *d. l. 83. §. 5.* aut poſtquam moram in ea præſtanda feciſſet, *l. 23. l. 91. pr. & §. 3. eod.*

Quæ natura ſui] Aliud juris eſt in his, quæ per accidens non poſſunt acquiri, puta quia ſtipulatoris ſunt, *l. 31. de verb. obl.*

Commentarius.

1 *Genera rerum, quæ non ſunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium eſt, ſtipulationem prorſus inutilem eſſe.*
3 *Quid ſi ſtipulator ſciat, rem non eſſe in commercio?*
4 *Quid ſi ille ignoret, promiſſor ſciat?*
5 *Quando earum rerum, quæ ſecundum quid extra commercium, ſtipulatio utilis aut inutilis?*
6 *De ſtipulatione rei noſtræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio poſitæ.*
8 *Ampliatio ſecunda.*
9 *Quid ſi columna promiſſa facto alieno ædibus juncta?*
10 *Diſſenſio veterum circa caſum, quo res initio rectè promiſſa, deinde commercio exempta, poſtea rurſus dari poſſe cœpit.*
11 *Reſtrictio ampliationis ſecundæ.*
12 *Ampliatio tertia, ejuſque reſtrictio.*

SEcundum genus rerum, quæ dari non poſſunt, 1
eſt earum, quæ ſunt quidem in rerum natura, ſed non ſunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ ſunt, earum quædam conditione ſua & abſolutè commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo reſpectu, qui vel eſt in rebus ipſis, cùm alioqui natura ſua ſint in commercio, quales ſunt verbi cauſa columnæ, marmora ædificiis juncta; vel in perſonis contrahentium, puta ſi vel ſtipulator, vel promiſſor commercium non habeat, cùm alii habeant. Sunt enim quædam quorumdam hominum commerciis exempta, ut prædia Eccleſias habentia hæreticis, mancipia Chriſtiana iiſdem & Judæis, *l. ſi quis. 10. C. de hæret. tit. C. ne Chriſt. manc. hæret.* Enim verò non omnia hæc ſtipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, eſtque in ſingulis, quid ſeorſum conſiderandum.

Si rem ſacram, &c.] Quarum rerum nullum
omnino commercium eſt, eæ in ſtipulationem 2
deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt in rerum natura, *l. 1. §. ſi id quod. 9. de obl. & act. l. ſi ſtipulator. 35. l. inter. 83. §. ſacram. 5. l. liber homo. 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc caſu magis, quàm ſuperiore aut æſtimatio debebitur, aut pœna promiſſa peti poterit, *d. l. liber homo. 103. l. ſi homo. 69. eod. l. cum ſervum. 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. ſup. de legat.* quod etiam hoc ipſo ſatis ſignificatur, quod ejuſmodi ſtipulatio dicitur eſſe inutilis, idemque juris hic eſſe, quod foret, ſi res promiſſa nec eſſe poſſet in rerum natura. Neque enim inutilis ſtipulatio dici poteſt, ex qua aliquid debetur, & maximè ſi pro re debeatur æſtimatio. Diverſum omnino eſt, ſi quis ædem ſacram aut locum religioſum ædificari ſtipulatus fuerit; hìc enim in ſtipulationem deducitur, quod & natura fieri poteſt, & jure facere licet, *l. ſtipulatio. 38. §. ult. de verb. obl.* Vinn. Sed cur liber homo, res ſacra, religioſa, publica in ſtipulationem deduci nequit, quum tamen conſtare ſoleat earum rerum liberique hominis emptio venditio, bona fide facta? *l. 4. l. 5. l. 6. ff. de contrah. emt.* Cur, inquam, tam variè? Immo non variè. Verè enim hujuſmodi emptio non valet niſi eatenus, ut deceptus poſſit agere ad id quod intereſt. *§. ult. Inſt. de emt. vend.* Ad traditionem enim agi non poteſt *d. §. ult. l. 103. ff. de V. O.* adeo

Digitized by Google

ut tametſi in eum caſum venditus fuerit liber homo, ſi ſervus factus fuerit, non valeat ea venditio, quia nefas eſt tales caſus exſpectare. *l. 34. §. 2. ff. de contr. empt.* Ergo in *legibus 4. & ſequ.* ſupra adductis tantum eatenus emptio intelligenda dicitur, quia emptor, ignorans rei qualitatem agere poteſt ad id, quod intereſt, vel re jam tradita & b. f. poſſeſſa ad præſtandam evictionem. Hein.

Quam humani juris eſſe credebat] Eodem modo mox *quem ſervum eſſe credebat*. Uti & §. *præced. quem vivere credebat*. Et ſimiliter Cajus *l. 1. §. ſi id quod. 9. de obl. & act.* An ergo ſi ſciebat ſtipulator rem eſſe divini juris, hominem liberum eſſe, &c. valebit ſtipulatio? Quidam putaverunt valere ſaltem ad hoc, ut ſtipulator conſequatur quod ſua intereſt, ne fruſtra ea verba hìc & apud Cajum expreſſa videantur. Sed & rectè Vveſembecius reſpondet, verba iſta addita eſſe, propterea quod in ignorante major eſt cauſa dubitandi, an non ſaltem æſtimatio, aut id quod intereſt, peti poſſit: in ſciente enim vix eſſe poteſt; quoniam tum non modo ratione materiæ, verùm etiam cauſæ efficientis, ſeu propter defectum conſenſus, harum rerum ſtipulatio nullius momenti eſt, *arg. l. non ſolum. 31. de obl. & act.* & maximè ſi etiam promiſſor ſciverit, *l. domum. 57. §. ult. de contr. empt.* Sed quid ſi ſolus ſtipulator conditionem rei ignoret, promiſſor ſciat, an non ſaltem propter dolum promiſſoris dabitur ſtipulatori actio in id, quod ſua intereſt deceptum non eſſe? Adhuc dicendum videtur, non dari; ſiquidem in locis omnibus, ubi de ſtipulatione rerum, quæ in commercio non ſunt, agitur, ſimpliciter pronunciatur, inutilem eam eſſe & nullius momenti. Emptionis alia cauſa eſt: nam etſi nec emptio hominis liberi, loci ſacri aut religioſi, hactenus teneat, ut res ipſæ debeantur, aut peti poſſint; tamen ſi hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut dumtaxat venditor ſciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus ſaltem conſiſtere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel conſequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. qui officii. 62. §. 1. l. liberi. 70. de contr. empt. §. ult. inf. de empt. & vend.* Planè ſi ex cauſa oneroſa ſtipulatio interpoſita ſit, putarem cum Jo. Fab. in caſu propoſito nomine doli adverſus promiſſorem agi poſſe.

Quæ uſibus populi] Quæ in uſu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ ſunt in pecunia ſeu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. pacta. 72. §. ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipſa publica dicuntur, *l. quod in littore. 14. de acq. rer. dom. l. bona. 15. cum 2. ſeqq. de verb. ſign.* nimirum propter perſonam poſſidentis: cæterum uſu & jure, quo habentur, privata ſunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum. 4. ne quid in loc. publ.*

5 *Cujus commercium non habueris*] Etiam earum rerum, quæ ſecundum quid extra commercium ſunt, ſtipulatio inutilis, ſed non ſemper. Inutilis, ſi vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti ſi quis ea ſtipuletur, quæ ædibus juncta ſunt: quoniam ea eximi & præſtari Senatus vetuit, *l. cætera. 41. de legat. 1.* Et igitur cùm etiam hoc caſu res ipſa non debeatur, nec debebitur rei æſtimatio, quæ promiſſa non eſt, quod tamen non puto eſſe perpetuum, ſed exemplo legati harum rerum aliquando etiam ex ſtipulatione æſtimationem peti poſſe, *d. l. cætera. 41. §. ſi duobus. 4.* vel propter perſonam ſtipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti ſi Judæus mancipium Chriſtianum dari ſtipuletur: hoc enim caſu non magis utilis ſtipulatio, quàm ſi res ſimpliciter atque in totum commercio exempta ſit, *hoc text. l. multum. 34. de verb. obl.* Quod ſi ſtipulator commercium habeat, licet promiſſor non habeat, placet ſtipulationem valere, *d. l. 34.* quippe poſteriore hoc caſu præſtatio rei non eſt promiſſori impoſſibilis. Nam etſi ipſe rem, quam promiſit, habere, poſſidere non poteſt; nihil tamen prohibet, quominus eam ſic comparet, ut non ſibi habeat, ſed ſtatim ei præſtet, cui jus eſt eam habere, *arg. l. aliud. 71. de verb ſign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l mortuo. 49. §. ſed Proculus. 3. de legat. 2.* de quo plura ſcripſimus *ad §. non ſolum. 4 ſup. de legat.*

Vel rem ſuam] Tertium genus rerum, quæ dari nobis non poſſunt, ſunt res noſtræ: quod enim noſtrum eſt, id nobis dari aut amplius noſtrum fieri non poteſt, *§. ſic itaque. 14. inf. de act.* Nemo igitur rem ſuam ſibi dari utiliter ſtipulatur, *l. nemo. 82. de verb. obl. l. 1. §. nec minus 10. de obl. & act.* Cui item conſequens eſt, nec pretium rei ex ea ſtipulatione deberi. Sanè rem noſtram nobis reſtitui, tum etiam pretium rei noſtræ nobis dari, utiliter ſtipulamur, *d. l. nemo. 82.* Sed & rem furtivam dominum à fure rectè ſtipulari placet, modo tanquam furtivam ſtipuletur, *l. ſtire. 29. §. ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d. §. ſi ſic itaque. 14. inf. de act.*

Nec in pendenti, &c.] Sequuntur aliquot ampliationes, quæ tamen non pariter ad omnes ſuperiores ſpecies pertinent. Prima ſignificatur hoc verſ. & apud Paulum *l. inter. 83. §. ſacram. 5. verſ. quamvis ſacra profana fieri, &c. de verb. obl.* eſtque 7
hæc, quod etſi res ſacra poſtea profana, publica privata, homo liber ſervus factus ſit, nihilo magis ſtipulatio vires habeat aut ſumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere. Quæ regula ad ſtipulationes quoque tranſlata eſt, *arg. l. cætera. 41. §. 2. de legat. 1. l. quod initio. 29. de reg. jur.* Ergo nec ſi ſtipulator poſtea rei commercium nactus fuerit, ſtipulatio convaleſcet, nec ſi ſua res ſtipulatoris eſſe deſierit, *hoc text.* nec ſi juncta ædibus poſtea fuerint ſeparata, *d. l. cætera. 41. §. 1.*

Licet initio utiliter, &c.] Ampliatio ſecunda. 8
Non ſolum inutilis eſt ſtipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ ſunt, aut alias dari non poſſunt, deducuntur, ſed etiam ſi quid rectè atque utiliter promiſſum poſtea in talem cauſam ſine facto promiſſoris devenerit, placet,

ſtipu-

Digitized by Google

ſtipulationem extingui, & diſſolvi obligationem, licet ab initio rectè contracta ſit; ut putas, ſtipulatus ſum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res poſtea ſacra, aut Stichus liber eſſe cœpit ſine facto promiſſoris, placet, eum liberari, & ſatis eſſe, quod eventu præſtatio facta ſit impoſſibilis, *d. l. inter.* 83. §. *ſacram.* 5. *verſ. nam & cum l. is qui.* 51. *de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ rectè geſta ſunt, reſolvi, ſi eum caſum inciderunt, à quo non potuerunt incipere, *l.* 11. *de ſervit. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* vid. notata ſub §. *ex contrario.* 14. *ſup. de legat.* Eadem ratione & ſtipulatio rei alienæ perimitur, ſi res antequam traderetur, ex alia cauſa jam facta ſit ſtipulatoris: ſed hoc ita, ſi utraque cauſa fuerit lucrativa, non ſi altera oneroſa, *d. l. inter.* 83. §. 6. *l. omnes debitores.* 17. *de obl. & act.* rationem diverſi juris reddidi ſub §. *ſi res.* 6. *ſup. de leg.* Quid
9 ſi columna promiſſa facto alieno juncta ſit ædibus? Non putarem, hoc caſu ſtipulationem evaneſcere, *l. cætera.* 41. §. *ſi duobus.* 4. *de le-*
10 *gat.* 1. De illo inter veteres non convenit, ſi res initio recta promiſſa, deinde commercio hominum exempta, rurſum mutata conditione cœpit dari poſſe, veluti ſi ſervus liber factus in ſervitutem reciderit, an obligatio, quæ ſemel ſublata fuit, reſtituatur. Celſus cenſuit reſtitui, magiſque eſſe, ut propter impedimentum interveniens ceſſaſſe videri debeat obligatio, quàm penitus extincta fuiſſe. Sed hæc Celſi ſententia admiſſa non eſt, crebriuſque placuit, obligationem non reſtitui, utpote ſemel penitus ſublatam: quemadmodum enim homo mortuus vitæ reſtitui non poteſt, ita nec in perpetuum extinctam obligationem poſſe reſuſcitari, *d. l. inter.* 83. §. *ſacram.* 5. *verſ. nec revocamus. l. qui res.* 98. §. *aream.* 8. *de ſolut.* quibus locis etiam Celſi argumentis occurritur. Eadem diſſenſio & circa ſervum legatum interim manumiſſum, & poſtea ſervum iterum factum, inter Celſum & alios fuiſſe videtur, *l. ſi chorus.* 79. §. *ult. de legat.* 3. junct. *l. ſervus.* 27. §. 1. *de adim. legat.* quos tamen locos diſtinctione conciliare nititur Don. *in d. l. inter.* 83. §. *ſacram.* 5. *n.* 8.

11 *Sine facto promiſſoris*] *d. l. inter.* 83. §. 5. Additum ideo, quoniam ſi per promiſſorem factum ſit, ut res dari poſſe deſierit, veluti ſi ſervum promiſſum manumiſerit, locum promiſſum religioſum aut publicum fieri paſſus ſit, non extinguitur ſtipulatio, nec magis debitor liberatur, quàm ſi ſervum promiſſum occidiſſet. Itaque ne dolus aut culpa ejus adverſario noceat, cùm res ipſa præſtari non poſſit, præſtabitur æſtimatio. Idemque eſt, ſi poſtquam debitor in re præſtanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta ſit: quoties enim aut culpa aut mora debitoris intervenit; placet, obligationem continuari, id eſt, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac ſi res adhuc extaret, *l.* 23. *l. ſervum.* 91. *pr. &* §. 3. *de verb. obl.*

Lucium Titium cùm ſervus fuerit] Ampliatio 12
tertia. Rem commercio exemptam non tantùm purè inutiliter ſtipulamur, ſed etiam ſub conditione, licet nominatim in eum caſum nobis caveamus, ſi dari poſſe cœperit. Itaque improbata eſt etiam hujuſmodi ſtipulatio, *illum, cùm ſervus erit, dare ſpondes?* item, *eum locum, cùm ex ſacro profanus eſſe cœperit, dare ſpondes?* nimirum quia nec præſentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura ſui poſſibilia ſunt, in obligationem deduci poſſunt. Sed & mali ominis cauſa iſtiuſmodi ſtipulationem deteſtamur, quoniam non ſolet ea mutatio contingere ſine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter.* 83. §. *ſacram.* 5. & Pomponius *l. ſi in emptione.* 34. §. 2. *de cont. empt.* declarant ſub perſona liberi hominis ſub conditione promiſſi. Enim verò hæc ampliatio pertinet dumtaxat ad ſtipulationes earum rerum, quæ abſolutè & natura ſua commercio exemptæ ſunt: ad eas res non pertinet, quæ cùm per ſe ſint in commercio, nunc tamen non ſunt propter impedimentum aliquod extrinſecus accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta ſunt, ſub conditione ſtipulari non prohibentur, cùm & ſub conditione legari poſſint, *d. l. cætera.* 41. §. 1. *de legat.* 1. Sed nec pertinet ad ſtipulationem rei noſtræ. Quippe & hanc ſub condictione rectè ſtipulamur, ut ſtipulatio teneat, ſi tempore exiſtentis condictionis noſtra non ſit, *l. ſi rem.* 31. *l. exiſtimo.* 98. *de verb obl. d. l. cætera.* 41. §. 1. *de legat.* 1. *l. exiſtimo.* 61. *de contr. empt.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet, *d. l. cætera.* 41. §. 1. aut vitium rei, quod nullum eſt: poteſtque ea mutato interim domino nobis præſtari, nec incivile eſt hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc ſententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. exiſtimo.* 98. *de verb. obl.* Illud ei adverſari videtur, quod etiam conditionales ſtipulationes ex præſenti vires accipere traditur *l. uſusfructus.* 26. *de ſtip. ſerv.* & generaliter in omni ſtipulatione id tempus ſpectari, quo contrahimus, *l. filiusfam.* 78. *de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cùm de perſona ſtipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res quæ in ſtipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim ſtatum capiat ſtipulatio, neceſſe eſt, eum, qui ſtipulatur, ſive purè ſtipuletur, ſive ſub conditione, ſtipulandi capacem eſſe; eademque ratio ejus, cui ex ſtipulatione acquiri volumus. At rei quæ uſibus hominum non exempta in ſtipulationem deducitur, præſtatio & obligatio in eventum differri poteſt, ut ante illum eventum neque peti poſſit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem.* 213. *de verb. ſign.* ſed tantùm ſpes ſit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *ſub conditione.* 4. *ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

De facto vel donatione alterius.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiſerit, non obligabitur, veluti ſi ſpondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod ſi effecturum ſe, ut Titius daret, ſpoponderit, obligatur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipſe obligetur, neque alium obliget?*
2 *De eo, qui ſe curaturum promittit, ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam ſine expreſſione iſtorum verborum obligari: & moribus hodiernis ſemper.*

1 QUi alium daturum aut facturum promittit, neque ipſe obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifeſta eſt, quia nemo ex contractu alterius obligari poteſt, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* Cur ipſe non obligetur, duæ cauſæ ſunt: una, quia non conſentit, ut det aut faciat: altera, quia, etſi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per ſe ſolum ex regulis communibus ſtipulationum ſatis eſt ad impediendam verborum obligationem. De ſe igitur quemque promittere oportet, ſi eum obligari volumus, *d. l. inter. 83. in pr. de verb. obl.* Sed an non ſaltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promiſit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum eſt, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui ſtipulatio hæc non eſſet inutilis; ſed factum alienum utiliter promitteretur, contra quàm in univerſum definit Hermogen. *l ſicut. 65. de fidejuſſ.* & Ulpian. *l. ſtipulatio. 38. in pr. de verb. obl.*

Qui effecturum ſe] Aut *ſe curaturum*, ut alius
2 det, *d. l. inter. 83. pr. eod.* quippe hac ſtipulatione, non tam factum alienum, quàm proprium promiſſoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut alter daret curaturum ſe promiſit, per *l. ſi hæres. 73. de legat. 1.* aut ſi promiſerit curaturum ſe, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod ſtipulatoris intererit. Communiter receptum tradit Vveſembecius, promiſſorem liberari, ſi omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quaſi hoc ſolum promiſiſſe intelligatur: ut proinde non aliter conveniri poſſit, quàm ſi negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bart. *conſ. 236.* Boer. *deciſ. n. 16.* Schurff. *conſ. 15. cent. 1.* textus tamen omnes indiſtinctè loquuntur, vid. D. Bronch. 4. *aſſert.* 40. Ant. Fab.
3 *C. for. de contr. ſtipulation. defin.* 10. Interdum ſanè qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *ſe effecturum* aut *curaturum*, &c. quaſi tacitè id actum videatur conſiderata qualitate negotii; veluti ſi quis promittat, certam perſonam pro ſe fidejuſſuram eſſe, *l. qui autem. 14. §. 2. de pec. conſt.* item ſi procurator, de cujus mandato dubitatur, promiſerit, rem ratam dominum habiturum, *tot. tit. rat. rem hab.* Eſtque poſterior hæc ſtipulatio prætoria: ac proinde ut reliquæ ejuſdem generis, legem & interpretationem recipit de mente prætoris, *l. in conventionalib. 52. de verb. obl. l. 9. de ſtipul. præt.* Similia exempla occurrunt in *l. ſtipul. 38. in pr. l. quotiens. 81. l. inter. 83. pr. de verb. obl.* in quibus omnibus promiſſor ſub alieni facti promiſſione etiam de ſuo promittere intelligitur. Qui promiſit, *ſe facturum*, ut decem dentur, ipſe dare cogitur, nec liberatur dando expromiſſorem, *l. ſi hæres. 73. de legat. 1.* At qui *curaturum ſe*, ut decem dentur, promiſit, placet, eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult. §. 1. de reb. cred. l. illa ſtipulatio. 67. §. 1. de verb. obl.* Curare enim non tantùm numerare eſt, ſed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi ſignificationem in propoſito habet Cujac. *ad d. l. 67.* Noſtris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere ſe curaturum aut effecturum, ut alius det aut faciat. Grot. 2. *introduct. cap. 3.* Goris *adverſ. tract. 3. cap. 3. n. 10.* convenienter æquitati juris Canonici. Covar. *in cap. quamvis de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1.* Cyprian. *hic. cenſ. Belg.*

TEXTUS.

De eo, in quem confertur obligatio, vel ſolutio.

4. *Si quis alii, quàm ei, cujus juri ſubjectus eſt, ſtipuletur, nihil agit. Planè ſolutio etiam in extraneam perſonam conferri poteſt: veluti ſi quis ita ſtipuletur*, mihi, aut Sejo dare ſpondes? *ut obligatio quidem ſtipulatori acquiratur, ſolvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè poſſit, ut liberatio ipſo jure contingat: ſed ille adverſus Seium habeat mandati actionem. Quod ſi quis ſibi & alii, cujus juri ſubjectus non ſit, dari decem aureos ſtipulatus eſt, valet quidem ſtipulatio. Sed utrum totum debeatur ſtipulatori, quod in ſtipulationem deductum eſt, an verò pars dimidia, dubitatum eſt. Sed placuit, non plus, quàm dimidiam partem ei acquiri. Ei verò, qui juri tuo ſubjectus eſt, ſi ſtipulatus ſis, tibi acquiris: quia vox tua tamquam filii intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri poſſunt.*

NOTÆ.

4. *Quàm ei, cujus juris ſubiectus*] Patri ſc. aut domino, *l. 38. § 17. l. 45. de verb. oblig. ſup. de ſtip. ſerv. & inf. per quas perſ. nob. obl.*

Nihil agit] Nec ſibi acquirit, quia hoc actum non eſt; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *d. l. 38. §. 17. & inf. eod. §. 18: l. 11. de obl. & act.*

Etiam invito eo] Stipulatore ſcilicet. Cæterum hæc poteſtas adjecto ſolvendi, lite conteſtata intercidit, *l. 16. de fidejuſſ. l. 57. §. 1. de ſolut.* aut ſtatu ejus in cauſam deteriorem mutato, *l. 38. dict. tit.* junct. *l. 56. §. 2. de verb. oblig.* nec ipſe petere, nec novare, nec acceptum ferre poteſt: quia obligatio ſoli acquiritur ſtipulatori, *l. 10. de ſolut.*

Vox tua tanquam filii] Patris & filii perſona pæne eadem, *l. ultim. C. de impub. & al. ſubſt.* Eſt enim filius veluti portio patris. Ariſt. 1. *magn. mor. 34.*

Quæ ſibi acquiri poſſunt] Non ergo ſi quid pater ſtipuletur ex cauſa caſtrenſis peculii, *l. 39. de verb. obl.* aut ſi factum in perſonam filii conferat, *l. 130. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui alteri ſtipulatur, emit, conducit, &c. nec ſibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones hic adhibendæ?*
3 *An tabellarii ſtipulando alteri acquirant? & quid juris hodie?*
4 *Quibus in cauſis admiſſum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter caſus? n. 2.*
5 *Quid ſtipulatio ſolutione in alium collocata tribuat ſtipulatori?*
6 *Quid adjectio ſolutionis cauſa?*
7 *Quid permittat promiſſori, & quem liberationis modum faciat?*
8 *Quid ſi adjectus ſtatum mutaverit?*
9 *Quid juris, ſi quis conjunctim ſibi & alteri ſtipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti?*
10 *An in contractibus locus ſit juri accreſcendi?*
11 *De patre ſtipulante filio, ſive quem in poteſtate habet, ſive emancipato.*

1 QUemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens, aut ipſe obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri ſtipulando aut ſibi, aut alteri obligationem acquirit, *l. ſtipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl. l. 3. C. de contr. ſtip. §. alteri. 18. inf. hoc tit.* Non ſibi, quia hoc actum non eſt, nec perſona ejus ſtipulatione comprehenſa: non alteri, quia repugnat fini ſtipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ ſunt, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſua intereſt: ut verò alteri detur, nihil intereſt noſtra, *d. l. ſtipulatio. 38. §. alteri. 17.* Neque hoc ad ſtipulationes tantùm pertinent, ſed ad cæteras quoque conventiones, *§. pen. ſup. per quas perſon. l. ſi ita. 126. §. 2. verſ. reſpondit. de verb. obl. l. ſolutum. 11. § pen. de pign. act. l. quo tutela. 73. in fin. de reg. jur.* In ſumma, ut Paulus ſcribit, *quæcumque gerimus, cùm ex noſtro contractu originem trahunt, niſi ex noſtra perſona initium ſumant* (id eſt, ut nunc vulgo loquuntur, niſi in perſona noſtra radicentur,) *inanem actum noſtrum efficiunt: & ideo*, inquit, *neque ſtipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter ſuo nomine rectè agat, poſſumus. l. quæcumque. 11. de obl. & act.* Verùm hìc cautiones quædam adhibendæ ſunt. Primum enim quod dicitur, 2
neminem ſtipulando alteri obligationem aut actionem acquirere poſſe, de perſona extranea intelligendum eſt, & ſic temperandum, niſi ille alter, in quem ſtipulatio confertur, fictione juris eadem perſona cum ſtipulatore habeatur: quo in numero ſunt tum ii, quorum in poteſtate ſumus, tum hæredes noſtri. Planè enim quod ſervus domino, filiusfam. patri ſtipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. ſtipulatio. 38. §. alteri. 17. l. quodcumque. 45. de verb. obl. ſup. tit. de ſtip. ſerv. & infr. per quas perſon. nob. obl.* Sed & hæredibus noſtris paciſcendo & ſtipulando quidvis acquirimus, *d. l. ſtipulatio. 38. §. ſed ſi. 12. & §. 14. de verb. obl. l. avus. 33. de pact.* nec tantùm cùm nobis ſimul & hæredibus noſtris ſtipulamur, ſed etiam cùm hæredibus ſolis: utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut act. ab hæred.* Deinde etſi ex aliena ſtipulatione non acquiritur alteri actio directa; ſunt tamen quædam perſonæ, per quas ratione officii acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere ſunt tutor, curator, actor civitatis: nam ſi tutor pupillo, curator adoleſcenti, actor civitati quid dari aut fieri ſtipulentur, placet, pupillo, adoleſcenti, civitati utilem actionem dari, *l. 5. §. penult. de pec. conſtit.* In eadem cauſa eſt & procurator militis, *l. ſi pecuniam. 26. de reb. cred.* item magiſtratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non ſolùm magiſtratus ipſe ex his cauſis pupillo rectè ſtipulatur, ſed etiam alium adhibere poteſt, puta ſervum publicum, aut ſi videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo ſtipuletur, *l. 1. §. ſi magiſtratus. 11. & §. exigere. 15. de magiſtrat. conv. l. non aliter. 18. de adopt. l. 2. & 3. rem pup. ſalv. for.* Ad hæc ex ſtipulatione procuratoris tribus ex cauſis domino utilis actio datur. 1. ſi ex re domini ſtipuletur, *l. 5. quod procurator. 68. de procurat.* 2. ſi domino præſente, *l. ſi procuratori. 79. de verb. oblig.* 3. ſi utilitas id exigat, nec aliter domino res ſalva eſſe poſſit. Receptum id primum in contractu inſtitoris, *l. 1. in fin. l. 2. de inſtit. act.* inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l. 13. §. ſi procurator. 25. de act. empt. l. 5. de præt. ſtip. l. damni. 18. §. ult. de damn. infect.* Quæſitum de tabulariis, ſeu, ut nunc 3
vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus abſentibus rectè ſtipulentur, iiſque obligationem acquirant. Quod omnino negandum eſt, ſi quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec ſervus publicus

id

Digitized by Google

id potuit, niſi in duabus illis, quas dixi, cauſis, ac magiſtratu jubente ſtipulationem interponi. Si verò de jure hodierno, ubique fere locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque, ut notarii aliis rectè ſtipulentur, & ſtipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum ſatis convenit, an ex hujuſmodi ſtipulatione aliave conventione notarii alteri abſenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem. vid. Theſaur. *deciſ.* 70. Fachin. 8. *contr.* 91. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 34. *& vol.* 4. *deciſ.* 177. *&* 209. ubi etiam quærit, an perſona quoque non publica alteri ſtipulari poſſit ſecundum diſpoſitionem juris Canonici *c. quoties cordis.* 9. *q.* 7. Sanè non obſtat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo rectè quilibet ſtipuletur, ut ei volenti & promiſſum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Immo id juri naturæ bene congruit, neque nihil mea intereſt per me alterum beneficio affici. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. c.* 11. *n.* 18. & ideo moribus horum temporum id paſſim obtinet. Groenevv. *de legib. abr. ad* §. 18. *inf. hoc tit.* & ibi cit. Cyprian.
4 *cenſ. Belg. ad* §. 3. *ſupr.* Poſtremo etiam illud in quibuſdam cauſis admiſſum eſt, ut alteri ex pactione & ſtipulatione alterius actio utilis quæratur, ſi pactio adjecta ſit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud ſe quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum depoſuit ea lege, ut is eam domino reſtitueret; aut alienos nummos alicui dedit, ut domino ſolverentur: ex his cauſis placet domino utilem actionem commodati, depoſiti, condictionem dari, *l. penult. C. ad exhib. l. ſi ita.* 126. §. 2. *de verb. obligat.* Item ſi quis ſuos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati ſunt, condictio acquiritur, *l.* 9. §. *pen. de reb. cred. d. l. ſi ita.* 126. §. 2. *de verb. obligat.* Similia exempla ſunt in *l.* 6. *C. de cond. ind. l.* 13. *de pign. action.* Poſtremo etiam affectioni perſonarum conjunctæ cum favore cauſæ hìc aliquid tributum, *l. Cajus.* 45. *ſolut. matrim. l.* 7. *de pact. conv.* rigorque juris poſteriorum Impp. conſtitutionibus nonnihil mitigatus eſt, *l.* 3. *C. de donation. quæ ſub mod.*

Solutio etiam in extraneam perſonam] Quod vetat regula juris alteri ſtipulari, in hanc ſententiam vetat, ne ſtipulando alteri acquiratur. Cæterum ſi eo ſpectet ſtipulatio, ut obligatio ſoli acquiratur ſtipulatori, jus autem ſit promiſſori, etiam alteri ſolvere, quominus ad hunc effectum utiliter perſona extranea inſeratur, regula non prohibet. Atque hoc eſt, quod hìc dicitur, ſolutionem etiam in extraneam perſonam conferri poſſe.

Mihi aut Sejo dare ſpondes?] Conferri in alium ſolutio ſeu poteſtas alteri ſolvendi fieri promiſſori intelligitur, ſi quis disjunctim ita ſtipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare ſpondes?* ac proinde utilis hæc ſtipulatio in utriuſque perſona cenſetur: in perſona ſtipulantis ad acquiſitionem obligationis, in perſona adjecti ad ſolutionem, *l. eum qui.* 56. §. 2. *l. ultim.* §. 5. *de verb. obl. l. ſi mihi.* 23. *de fidej. l.* 9. *l.* 10. *de ſolut.* Sed age conſideremus ſeparatim, quid hæc ſtipulatio tribuat ſtipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promiſſori: tot enim ſunt, ad quos ea pertinere poteſt. De ſtipulatore hoc 5
loco & *d. l. ultim.* §. 3. *de verb. obl.* traditum eſt, ei ſoli ex hujuſmodi ſtipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius ſummæ in ſtipulationem deductæ, ut ſolida decem ei debeantur, non pars dumtaxat. Neque enim quia decem duobus ſtipulatus eſt, ideo ſumma inter eos dividitur. Divideretur, ſi conjunctim ſtipulatus eſſet ſibi & Sejo, de quo mox plura. Qui verò disjunctim decem ſibi aut alii dari ſtipulatur, apertè ſtipulatur decem ſolida utrique: nec perſona adjecta impedire poteſt, quominus in id totum, quod ſibi quoque ſtipulatus eſt, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario, Sejo 6
adjecto ex ſtipulatione propoſita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere poteſt id, quod in ſtipulatum deductum eſt, neque promiſſorem ullo ſuo facto liberare, *l.* 7. §. 1. *de conſtit. pec. l.* 10. *de ſolut.* non fidejuſſores aut pignora accipere, *l. ſi mihi.* 23. *de fidejuſſ. l. is qui.* 33. *de pign.* denique nec pecunia ei ſuo nomine conſtitui poteſt, *d. l.* 7. §. 1. *de pec. conſt.* Solummodo ad hoc utilis hæc ſtipulatio in perſona Seji adjecti, ut ſolutam ex cauſa ſtipulationis pecuniam accipere poſſit, eoque facto promiſſor liberetur. Cùm verò omnis adjecto ſolvendi facultas promiſſoris cauſa conſtituta ſit, videndum etiam, quid hìc promiſſori tribuatur ad liberationem. Promiſſori in ſumma hoc tribuitur, ut etiam adjecto ſolvere poſſit, eaque ſolutione ipſo jure liberetur, ut hìc expreſſum eſt. Et quamvis partem ſolverit ſtipulatori, nihilominus tamen reliquum rectè dabit adjecto, *l. cum decem.* 71. *pr. de ſolut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente ſtipulatore ſolvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet ſtipulatio, quam immutare ſtipulatori non licet, *l.* 12. §. *pen. de ſolut. l.* 16. *de fidejuſſ.* Sed neque promiſſori ad ſolutionem obſtat adjecti conditio. Stipulatus quis eſt ſibi aut Sticho Sempronii ſervo dari: ſoli ſervo ſine voluntate domini rectè ſolvitur, *l.* 9. *de ſolut.* Stipulatus quis eſt ſibi aut pupillo: placet, promiſſorem etiam ſine tutoris auctoritate pupillo ſolvendo liberari, *l.* 11. *d. tit.* Hoc ideo, quia dum adjecto ſolvitur, ipſi creditori ſolvi videtur, cùm nihil interſit, jubeam te alicui ſolvere, an ab initio ſtipulatio ita concepta ſit, *l. ſi ita.* 59. *eodem.* Cæterum & ſolutionis verbum & certæ perſonæ adjectio apertè liberationi modum facit, quem excedere non licet, ut in mandatis accidit, *l.* 6. *mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promiſſoris, ut ſolvat videlicet, & certa perſona, in qua hæc

veluti

Digitized by Google

veluti conditio impleri debeat: ſi quid horum ſervatum non fuerit, placet, factum promiſſori ad liberationem non prodeſſe. Et primum igitur nihil agit promiſſor cum Sejo adjecto paciſcendo, ſive paciſcatur Sejus ſe non petiturum, ſive obligationem novare inſtituat, ſive pecuniam promiſſori acceptam ferat, *l. 10. de ſolut.* Hanc quidem acceptilatio vim ſolutionis, habet & novatio, omniſque conventio liberandi debitoris cauſa interpoſita, ſed tum ſolummodo, cùm à creditore proficiſcuntur, cujus ſolius eſt debitorem liberare. Adjectus verò creditor non eſt. Deinde nihil agit promiſſor, ſi alii ſolvat, quàm adjecto: nam neque perſonam adjecti, quæ à ſtipulatore electa & probata eſt, egredi poteſt: in tantum ut etſi perſona ſervi adjecta ſit, nec domino rectè ſolvatur, niſi ex voluntate ſervi, *l. 9. l. Stichum. 94. §. nam ſi. 7. de ſolut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per ſervum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam perſona aliena hic non adjicitur, ut vel ipſe quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione ſi pupilli vel furioſi perſona adjecta ſit, nec tutori vel curatori dando liberatur, niſi pecunia in rem eorum verſa ſit, *d. l. 5. §. 7.* & quia adjectus procuratori ſimilis eſt, nec hæredi ejus rectè ſolvitur: quippe cùm mandatum morte finiatur, *l. cum quis. 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto ſolvendi poteſtas lite cum ſtipulatore conteſtata intercidit, *l. 16. de fidei. l. ſi quis. 57. §. 1. de ſolut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. de*
8 *pecul. l. aliam. 29. de novat.* Illud ex ſententia contrahentium placuit, ut ita demum adjecto rectè ſolvatur, ſi in eodem ſtatu maneat, quo erat, cùm ſtipulatio interponeretur, quaſi hæc conventio tacitè ſtipulationi inſit, *ſi in eadem cauſa maneat.* Itaque ſi vel in adoptionem ſe dederit, vel deportatus ſit, aut ſervus factus, non rectè ei ſolvitur, *l. eum qui. 38. princ. de ſolut.* Planè ſi ad meliorem cauſam pervenerit, puta ſi ex ſervo liber, ex filiofam. ſui juris factus fuerit, dicendum eſt, adhuc ei ſolvi poſſe, *argument. l. eum qui. 26. §. 2. de verb. obl.* add. Donell. *l. 55. d. titul.* ubi refellit Cujacium contra ſentientem atque alios vellicantem, oſtenditque eſſe aliquid proprium uſusfructus in ſpecie, quæ proponitur à Papiniano in *l. Stichum. 95. §. qui uſumfr. 6. de ſolut.*

Adverſus Sejum habeat mandati actionem.] Hoc idem traditur à Scævola in *l. Julianus. 131. §. 1. de verb. obl.* & ideo receptum eſt, quia alia actio deficit, & adjectus inſtar procuratoris eſt. Verum enim procuratorem non eſſe, immo ne procuratorem quidem eſſe ſatis conſtat, *l. 12. §. 1. & 2. ſeqq. de ſolut.* Cæterum ſtipulator ut plurimum adjecto mandare ſolet, ut ſolutionem accipiat.

Si quis ſibi & alii] Hac ſtipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare ſpondes?* qua placet ſolutionem ſaltem utiliter in Titium conferri, quæſitum eſt, propter ſimilitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim ſtipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diverſa hic omnia 9
conſtituta ſunt, tum in perſona ſtipulatoris, tum in perſona adjecti. Ad ſtipulatorem quod attinet, hoc intereſt inter priorem ſtipulationem & hanc poſteriorem, quod ex illa tantum, quantum promiſſum eſt, ſtipulatori debetur, ex hac dimidium dumtaxat, *l. ſi mihi. 110. de verb. obl. & hoc text.* Cur verò tam variè? nimirum propter diverſam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis eſt, ut pro numero perſonarum ſumma ſtipulatione comprehenſa dividatur, illius non item. Cùm enim disjunctim quis ſtipulatur ſibi aut Titio decem dari, non attribuit, hanc ſummam pluribus, ſed uni tantùm, ſi alteri non detur. Quæ autem ſumma uni attributa eſt, ea non poteſt dici enumeratione perſonarum diviſa. At cùm ſtipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & ſimul ſtipulor eâdem ſummam mihi & Titio: ut perinde ſit, ac ſi dixiſſem, *Mihi & Titio ſimul decem dabis?* id eſt, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc eſt, quod Julianus ait, una decem communiter in hac ſtipulatio comprehendi, *l. eum qui. 56. pr. de verb. obl.* fac. *l. cui fundus. 56. de cond. & dem. l. reos. 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamſi non pecunia, ſed certum corpus ſtipulatione comprehenſum ſit, non amplius tamen quàm pars debeatur, ut rectè cenſet Bachovius contra Hotomannum, *fac. d. l. ſi mihi. 110. de verb. obl.* Planè ſi res in ſtipulatum deducta diviſionem non recipiat, aut ejus ſit conditionis, ut adjecto acquiri non poſſit, magis eſt, ut perſona ejus pro ſupervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. præd. §. ult. ſup. de ſtip. ſerv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum eſt, ſed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota conſtituitur; & injuria afficeretur venditor, ſi res pro parte tantùm vendita intelligeretur, *l. fundus. 64. de cont. empt.* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc poſito in hac ſpecie, *Mihi & Titio decem dabis?* ſtipulatorem videri tantùm quinque ſibi ſtipulari, reliquum Titio, ſatis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promiſſore rectè ſolvi; cùm non ſolutioni, ſed obligationi perſona illius applicata ſit.

Non plus quàm dimidiam partem] Uti ex ſtipulatione propoſita obligatio in ſolidum ſtipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter ſtipulatus eſt, partem ejus augeat, *l. ſi mihi. 110. de verb. obl.* ita nec in totum inutilis eſt, ſed pro parte tantùm, ne quod ſibi utiliter ſtipulatus eſt, inutili adjectione vitietur, *l. 1. §. pen. eod. cap. utile. 3. x. de reg. jur. in 6.* Hinc vul-

10 vulgo colligunt, jus accreſcendi inter conjun-
ctos non habere locum in contractibus, niſi
aut cauſa onerosa, aut res individua ſit. Go-
mez. 1. *reſolut. cap.* 10. *& ibi citati num* 1.
& ſeqq. Quod tamen inſubtiliter dicitur. Nam
de jure accreſcendi non rectè diſputatur, niſi
actus in utriuſque perſona ab initio conſiſtat,
ut concurrentes ſinguli partem petere poſſint,
uno autem deficiente totum ad alterum perti-
neat, ut fit, cùm duo ad eamdem hæreditatem
vocantur, aut cùm duobus eadem res conjun-
ctim legatur, §. *ſi eadem.* 8. *ſup. de legat.* At
in contractibus perſona conjuncti facit, ut actus
aut pro parte nullus ſit, aut ut perinde ſit ha-
bendus, ac ſi omnino adjectus non eſſet, to-
tumque negotium ad alterum ſolùm pertine-
ret, add. Duar. *lib.* 1. *de jur. accreſc. cap.* 15.
Bronchorſt. 2 *aſſert.* 60. D. Svvanenb. *de jur.
accreſc. c.* 8. VINN. Quoties itaque copulativè
concipitur ſtipulatio: *Mihi & Titio decem dare
ſpondes?* ſtipulatio tantùm ratione mei utilis ha-
betur, mihique debentur quinque. Enimverò
an non turbat *l.* 38. §. 19. *ff. de V.O.* ubi Ul-
pianus reſpondet: *Eum qui dicat mihi decem &
Titio decem, eadem decem, non alia decem dicere
credendum eſt?* Turbaret ſanè, ſi Ulpianus di-
ceret, Titio eadem decem deberi: ſed id non
dicit. Potius ſenſus eſt, eum qui ſibi decem
& Titio decem ſtipuletur, non ſtipulari vigin-
ti, ſed decem tantum, adeoque non decem ſed
quinque tantum accipere. Aliud tamen in ul-
timis obtinet voluntatibus. Nam, *ſi quis teſta-
mento ſuo Titio & Sejo decem dari juſſerit, nul-
lam hæc verba recipiunt ambiguitatem, ut DENA
dixiſſe videatur, qui decem dixit.* Ita Julianus
l. 79 *ff. de legat.* 1. In ultimis enim voluntati-
bus quin & alii abſenti ab alio legari poſſit,
nemo dubitat. HEIN.

Qui tuo juri ſubjectus eſt] Interdum qui ver-
bis ſtipulatur, vi ipſa ſibi ſtipulari intelligitur,
ſibique actionem acquirit: idque toties accidit,
quoties ſtipulantis pecuniariter intereſt alteri
11 dari: de quo dicemus *inf. ſub* §. *ſed etſi.* 19. Per-
tinent huc dominus & pater, qui filium in po-
teſtate habet, quos placet ſervo & filio rectè
ſtipulari, *hoc text. l. dominus.* 39. *l. eum qui.* 56.
§. 3. *l. quod dicitur.* 130. *de verb. obl. l.* 2. *C. de
contr. ſtip.* nempe quia ſervo aut filio dari do-
mini aut patris intereſt: quoniam quod ſervo
aut filio ex illa ſtipulatione datum erit, id ſta-
tim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri
ſubjectus.* Ergo ſi filio emancipato pater ſtipu-
letur, non idem probandum eſt, *l. ſi genero.* 26.
C. de jur. dot. Sed nec ipſi filio emancipato ex
ſtipulatione patris obligatio ulla aut actio ac-
quiritur, *d. l. ſi genero.* 26. Nec obſtat *l. quod-
cumque.* 45. §. 2. *de verb. obl.* nam illud dum-
taxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in
cauſis pater filiæ emancipatæ ſtipulari poteſt,
in his etiam huic filiæ rectè ſtipulari poſt mor-
tem ſuam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc
tantùm receptum in cauſa dotis, cùm pater
dotem & quidem à ſe profectam ſtipulatur reddi
filiæ, cujus nomine data eſt, *l. Cajus.* 45. *ſolut.
matr. l.* 7. *C. de pact. conv.* Neque verò utere-
tur Juriſconſultus exemplo filiæ, ſi pariter filio
quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus
pater rectè ſtipularetur. Donell. *ad l. ſtipulatio
iſta.* 38. §. *alteri.* 17. *n.* 60. *de verb. obl.*

Vox tua tamquam filii] Patris & filii, quem
in poteſtate habet, eadem perſona, eadem vox
eſſe dicitur, §. *poſt mortem.* 12. *inf.* Sed obſer-
vetur, hoc dici cum hac adjectione, cùm per
filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod ſi pa-
ter filio ſtipuletur, quod conſiſtat in perſona
filii, nec ad patrem redire poſſit, hìc non ea-
dem vox patris & filii habetur, nec magis uti-
lis eſt ſtipulatio, quàm ſi cuivis extraneo ſtipu-
latus eſſet. Hinc improbata primum hæc ſti-
pulatio, ſi pater ſtipuletur factum, quod in
perſonam filii conferatur, puta ut ei ire agere
liceat, *l. quod dicitur.* 130. *de verb. obl.* Dein-
de & illa, ſi ſtipuletur quidem filio id, quod
juris ſit, ſed quod leges ei acquiri non per-
mittunt, *l dominus.* 39. *eod. & hoc text.* veluti ſi
quid ſtipuletur filio ex cauſa caſtrenſis pecu-
lii, aut adventitii, quod patri nullo modo ac-
quiratur: nam ubi uſusfructus patri quæritur,
ſaltem uſque ad quantitatem uſusfructus eum
actionem habiturum exiſtimo: quia hactenus
ejus intereſt.

TEXTUS.

De interrogatione, & reſponſione.

5. *Praeterea inutilis eſt ſtipulatio, ſi quis
ad ea, quæ interrogatus fuerit, non reſpon-
deat, veluti ſi quis decem aureos à te dari
ſibi ſtipuletur, tu quinque promittas, vel
contra: aut ſi ille purè ſtipuletur, tu ſub
conditione promittas, vel contra: ſi modo
ſcilicet id exprimas, id eſt, ſi cui ſub con-
ditione vel in diem ſtipulanti tu reſpon-
deas,* præſenti die ſpondeo. *Nam ſi hoc
ſolùm reſpondeas,* promitto; *breviter vi-
deris in eamdem diem vel conditionem ſpo-
pondiſſe. Neque enim neceſſe eſt in reſpon-
dendo eadem omnia repeti, quæ ſtipulator
expreſſerit.*

NOTÆ.

5. *Si quis decem, &c. tu quinque vel contra*]
Tota hæc verborum conceptio non eſt planè
inutilis, ſed pro ea ſumma dumtaxat, quæ
vel interrogationem vel reſponſionem excurrit:
quoniam cùm in majori ſumma ſemper inſit
minor, hactenus quoque aptè reſponſum hìc
intelligitur, *l.* 1. §. 4. *l.* 83. §. 3. *de verb. obl.*
Similiter ſi quis de una re interrogatus promit-
tat & eam, & plures conjunctim; aut de plu-
ribus conjunctis ex his unam, placet, promiſ-
ſorem ſaltem obligari in eam rem, de qua &

inter-

Digitized by Google

interrogatus eſt, & reſpondit, *d. l.* 1. §. 5. *d. l.* 83. §. 4.

Commentarius.

1 *Interrogationis & reſponſionis congruentia unde æſtimanda.*
2 *Quid juris, ſi diverſitas reſponſionis verſetur circa rem aut quantitatem? & n. 4. & 7.*
3 *Quid ſi circa qualitatem ſeu formam ſtipulationis? & n. 6.*
5 *Ad quam ſpeciem pertineat definitio* l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.
8 *Quid ſi imperſonaliter reſpondeatur?*

Ad conficiendam ſtipulationem conſtituendamque obligationem verborum non ſatis eſt, reſpondentem illico reſpondere, ſed etiam neceſſe eſt, ut reſpondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis eſt ſtipulatio,
1 auctore Juſtiniano in *pr. hujus* §. Interrogationis & reſponſionis congruentia non tam ex verbis, quàm ex re & ſententia verborum æſtimanda eſt. Nam qui idem reſpondet, de quo interrogatus eſt, & reſpondet eodem modo ſeu ſervata eadem qualitate interrogationis, congruenter reſpondere intelligitur, etſi non eadem lingua reſpondeat, veluti ſi Latinè interrogatus, reſpondeat Græcè, §. 1. *ſup. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Similiter qui ſtipulanti denarios ejuſdem quantitatis aureos ſpondet, obligatur, ut qui aptè ad interrogandum reſponderit, *l. quæ extrinſecus.* 65. §. 1. *eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? reſpondet, Quid ni? rectè reſpondiſſe intelligitur, & obligatio conſtituta, *d. l.* 1. §. 2. Denique non eſt neceſſe, verba ſtipulatoris omnia in reſpondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui verò aut non idem reſpondet, aut reſpondet alio modo ſeu mutata forma aut qualitate ſtipulationis, is non intelligitur reſpondiſſe convenienter interrogationi, atque in ea cauſa eſt, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum intereſt, utrum quis non idem reſpondeat, an alio modo: ideſt, utrum diverſitas reſponſionis verſetur circa rem aut quantitatem in ſtipulationem deductam, an circa ſtipulationis qualitatem.
2 Cùm in re ipſa diſſentit reſponſio, non quidem quando reſpondetur planè aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam iſto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit,) ſed cùm reſpondetur plus aut minus placet, non in totum ſtipulationem eſſe inutilem, ſed tantum quatenus plus aut minus eſt in reſponſione aut interrogatione, idque ſive certa ſumma ſive certa corpora in ſtipulatum deducta ſunt. Itaque ſi ſtipulanti mihi decem, tu viginti reſpondeas, aut ex contrario, ſi viginti ſtipulanti, reſpondeas decem; non in totum inutilis eſt ſtipulatio, ſed pro ea ſumma duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel reſponſionem excurrit: nam in decem utique & utroque caſu obligationem contractam, diſertè ſcribit Ulp. *d. l.* 1. §. *ſi ſtipulanti.* 4. *de verb. obl.* Similiter ſi quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti ſi de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum ſpondeat, aut ex converſo de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiſerit, non in totum vitiatur obligatio, ſed placet promiſſorem ſaltem obligari in eam rem, de qua interrogatus eſt, & reſpondit, *d. l.* 1. §. *ſed ſi.* 5. neque nova ſtipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ ſtipulationes valeant, & quatenus conſiſtunt, etiam ſine ea conſiſtunt, *l. inter.* 83. §. *item ſi.* 4. *eod.* § *quoties.* 17. *inf. eod.* Vinn. Ita quidem Ulpianus *d. l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Sed neſcio an omnes veteres idem ſenſerint. Saltim Cajus *lib. II. Inſtit. tit.* 9. §. 10. *ſi creditor*, inquit, *decem ſolidos debitorem interroget, & debitor quinque promittat, hoc ordine totum debitum vacillare cognoſcitur.* Idem ſenſus videtur §. noſtri. Utrum ergo hanc contrarietatem nullo pacto conciliari poſſe dicemus cum Hotomanno? An cum Accurſio dicemus quoad minorem ſummam valere promiſſionem, ſi alter ſtatim in eam conſenſerit & de novo ſtipulatus ſit? Poſterius ſanè magis placet, quàm ut ſine ea limitatione paragraphum noſtrum ex Ulpiani *l.* 1. *ff. de V. O.* interpretemur. Hein. At cum 3
quis mutata ſtipulationis qualitate aliter reſpondet, quàm interrogatus eſt; quod fit, cùm vel ſimpliciter interrogatus reſpondet ſe daturum ſub conditione vel in diem; vel ſub conditione aut in diem interrogatus reſpondet purè, id eſt ſic ut expreſsè dicat ſe ſtatim daturum; hìc evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen ſpecie hæc exceptio probata eſt, niſi diverſitas reſponſionis illico placuerit ſtipulatori. Videamus autem quàm rectè hæc omnia dicantur. Illud extra controverſiam eſt, ſi de decem interrogatus reſpondeas viginti, non eſſe contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod ſignificat Ulpian. *d. l.* 1. §. 4 cum ait *oportere congruere ſummam.* At quid ſi mihi illico placeat reſponſio
tua? Ajo, nihilo magis te in viginti obligari: 4
etenim natura ſtipulationis, quæ interrogationem præcedentem deſiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promiſſio tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujuſmodi ſtipulatione ſaltem tenearis in decem? Et ait Ulpianus *d. l.* obligationem ſaltem in decem eſſe contractam, idemque eſt, & ſi me viginti interrogante, tu decem reſpondeas. Sed utrum hoc ita demum, ſi reſponſio tua mihi confeſtim placeat, ut quidam exiſtimaverunt, an etſi non placeat? Ajo etſi non placeat: hoc enim evidenter demonſtrat ratio Ulpiani, *licet enim*, inquit, *oportet congruere ſummas, attamen manifeſtum eſt, viginti & decem ineſſe*: quaſi dicat, diverſitas reſponſionis in decem hìc nulla eſt,

Digitized by Google

eſt, ſed ſumma interrogationis & reſponſionis ſaltem in decem optimè convenit: quod ſi verum eſt, fruſtra deſideramus aliam ſtipulatoris approbationem, *fac. l. inter. 83. §. 3. de verb.*
5 *obl.* Idem multo magis dicendum eſt, ſi plures res conjunctim aut in interrogationem aut in reſponſionem deducantur: nam tunc plures ſunt ſtipulationes invicem diſtinctæ, tot videl. quot ſunt res expreſſæ: quarum ſtipulationum cùm illæ utiles ſint, in quibus ad interrogatum reſponſum eſt, per alias inutiles vitiari non debent, *d. l. 1. §. 5. l. ſcire. 29. d. l. inter. 83. §. 4. l. quod dicitur. 86. eod.* At enim Juriſconſultus *d. l. 1. §. 3. in fin.* ſic generaliter definit, *Cùm adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, ſemper probandum eſt, vitiatam eſſe obligationem, niſi ſtipulatori diverſitas reſponſionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam ſpeciem pertinere, cùm ſtipulanti res plures aut pauciores ſpondemus, quàm ſtipulatus eſt. Nam ubi plures ſunt ſtipulationes ſeparatæ, ibi una neque adjici alteri rectè dicitur, quia nunquam cohærent, neque detrahi, quia prius in altera non ſunt. Sed neque pertinet ad eam ſpeciem, cùm major aut minor ſumma promittitur, quàm ſtipulatione comprehenſa eſt: ſatis enim eſt, ad ſtipulationem idem reſpondere, de quo interrogatus es, etiamſi in partem, (dummodo certam & diviſam) non autem ad omnia reſpondeas, *l. 1. §. 4.* Quo igitur pertinet? Ad ſpeciem illam alteram, cui & ſubjicitur, cùm ſcilicet reſpondetur, mutata interrogationis forma, conditione, aut die obligationi adjecta vel detracta; quo caſu alias in totum vitiaretur ſtipulatio, ſive plus ſive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa reſponſio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. VINN. Immo *l. 1. §. 3.* omnino videtur ad eum caſum pertinere ſi ſtipulanti res plures vel pauciores ſpondemus, quàm rogavit. Exemplum eſt apud Plaut. *in Trinum. Act. 5. ſcen. 2. v. 33.* ubi quum Charmidas interroganti Lyſiteli: *Sponden' ergo tuam gnatam uxorem mihi?* reſponderet: *Spondeo & mille auri Philippum dotis:* Lyſiteles ſtipulationem repetit, quia ſtipulatoris diverſitas reſponſionis illico non placebat. Et tamen plus promiſerat Charmidas
6 quàm fuerat interrogatus. HEIN. Cæterum quia hic circa rem ipſam nulla eſt in interrogatione & reſponſione diverſitas, placet approbationem ſtipulatoris de qualitate reſponſionis efficere, ut poſt eam perinde habeatur, ac ſi ad interrogatum congruenter reſponſum eſſet; atque ut Juriſconſultus *d. loc.* ait, quaſi alia contracta eſſet ſtipulatio: ex quo rectè etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hìc promiſſum eſt, debeatur. D. Tuld. *comm. hoc tit. cap. 2.* Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cùm quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce, ſi quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum reſpondeat, hic qui purè interrogatus eſt, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum ſub conditione ſpondens, ſi Stichum non dederit. Et ex converſo ſi ſtipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum te ſpoponderis, hìc obligationi conditionem detrahis, purè promittens quod ego ſub conditione ſtipulatus ſum, ac proinde utroque caſu fit, ut ſtipulatio in totum ſit inutilis, quia neutro reſpondetur ſervata ſtipulationis forma, *d. l. 83. §. 2. d. l. 1. §. 3.* In ſummis verò etiam hic, quod minus rectè ſponderi intelligitur, *d. l. 83. §. 3.* Fusè Don. ad *d. l. 1. §. 3. 4. 5.* ſed melius ad *l. ſcire. 29. eod. ſub fin.* Gomez. 2. *reſ. 10. n. 4.* Hodie poſtquam vis pacti & ſtipulationis exæquata eſt, non uſquequaque hujus ſubtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra] Oſtendimus ex Ulpiano *l. 1. §. 4. de verb. obl.* cùm quis majorem aut minorem ſummam ſpondet, quàm de qua interrogatus eſt, non in totum vitiari obligationem, ſed valere ſaltem in ſummam minorem: quoniam hactenus aptè atque ad interrogatum reſponſum eſt. Non eſt exiſtimandum, id negare Imperatorem, cùm hìc ita 7
proponit, *inutilem eſſe ſtipulationem, ſi quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non reſpondeat;* & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te ſibi dari ſtipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod propoſuit, eſſe in hoc exemplo ſtipulationem, in qua ad interrogatum reſponſum non eſt, & hanc ſtipulationem hactenus eſſe inutilem: quod & verum eſt. At ex eo non ſequitur, inutilem eſſe totam iſtam conceptionem. *Decem aureos mihi dare ſpondes? Quinque dare ſpondeo.* Nam cùm in quinque, quæ manifeſtum eſt decem ineſſe, reſponſio cum interrogatione conveniat, utique ſaltem in quinque etiam valere debet propoſita ſtipulatio, juxta ſententiam Ulpiani, & vel ſecundum hanc ipſam Juſtiniani propoſitionem. Auctor Inſtitutionum, quæ Caji nomine ſcribuntur, *lib. 2. tit. de obl. §. 10.* Sive is Anianus fuit, ſive quis alius nihil moror. Planè alia ratio eſt contractuum oneroſorum, in quibus quid viciſſim præſtandum eſt, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, ſi quinque ei promittantur, pro diſſentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. ſi decem. 52. de locat.* Gomez. 2. *reſol. c. 10. n. 4.* D. Bronch. 4. *aſſert.* 37.

Ille purè ſtipuletur, tu ſub conditione promittas, vel contra.] Exemplum ſtipulationis, quæ ideo inutilis, quia reſpondetur mutata obligationis forma, adjecta ſcilicet aut detracta conditione: cujuſmodi ſtipulationem prorſus inutilem eſſe paulo ante probavimus, niſi diverſitas reſponſionis illico placeat ex *l. 1. §. 3. de verb. obl.* quamquam hoc omiſſum hìc à Compoſitoribus, ut alia, in quibus hoc genus diſcre-

pat

Digitized by Google

pat à ſuperiore. Sciamus igitur, alterum cum altero ſecundum quid tantùm comparari.

Neque enim neceſſe eſt, &c.] Non eſt neceſſe, ut reſpondens verba ſtipulationis omnia repetat, ſed ſimpliciter reſpondendo, *Spondeo* aut *Promitto*, reſponſio ad univerſam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties.* 17. *inf.* nam ut ſtipulator verba concepit, & quaſi præivit, ita reſpondiſſe intelligitur. Quid ſi interrogatus *Dabis?* reſpondeat imperſonaliter, *Dabitur?* Puto rectè atque ad interrogatum reſponſum videri debere, *arg. d. l.* 1. §. 2. *de verb. obl.* neque obſtat *auth. ſi quando.* C. *de conſt. pecun.* ubi Juſtinianus cavet, ne obligetur de pecunia conſtituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi*. Nam in conſtituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba iſta referantur. Alciat. 2. *parerg.* 18. Don. *in l.* 5. §. 1. *n.* 4. *& ſeq. de verb. obl.*

Textus.

De his qui ſunt, vel habent in poteſtate.

6. *Item inutilis eſt ſtipulatio, ſi vel ab eo ſtipuleris, qui tuo juris ſubjectus eſt, vel ſi is à te ſtipuletur. Sed ſervus quidem non ſolùm domino ſuo obligari non poteſt, ſed ne quidem ulli alii: filii verò familiarum aliis obligari poſſunt.*

Notæ.

6. *Vel ab eo, qui tuo juri*] Ratio eſt, quia nemo ſibi ipſi obligari poteſt, *l.* 11. *de leg.* 1. aut ſecum ipſe agere, *l.* 16. *de furt.* Dominus autem & ſervus, pater & filius in iis, quæ juris ſunt, & domino ac patri acquiri poſſunt, vice unius perſonæ funguntur, §. 4. *ſup. eod.* fac. *l.* 7. *de obl. & act. l.* 4. *de jud.* Utique tamen naturalis ſaltem obligatio in propoſito naſcitur, §. 1. *tit. prox. l.* 38. *de cond. ind.*

Filiifam. aliis obligari poſſunt] Servi naturaliter tantùm ex contractibus obligantur, *l.* 14. *l.* 43. *de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* *τοῖς δούλοις ἐν ἴσῳ μετουσία πολιτείας.* Liban. *dec.* 16. At filiifam. extra patrem & cauſam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l.* 39. *de obl. & act. l.* 57. *de jud. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.*

Commentarius.

Qui ſtipulatur ab eo, quem in poteſtate habet, cujuſve ipſe eſt in poteſtate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod ſuperius diximus ſub §. 4. *h. t.* quod dominus & ſervus, pater & filius in iis, quæ juris ſunt, & domino ac patri acquiri poſſunt, eadem perſona cenſetur. Nemo enim ſibi ipſi obligari poteſt, *l.* 11. *de legat.* 1. *l. hæres.* 21. §. 3. *de fidejuſſ.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, ſive dominus à ſervo, ſive pater à filio ſtipuletur, obligationem naturalem naſci, argumento eſt, quod fidejuſſor acceptus tenetur, §. 1. *tit. ſeq. l. ſi quis.* 56. §. 1. *de fidejuſſ.* Sed ſi ſervus à domino, filius à patre ſtipuletur, placet nec fidejuſſorem acceptum teneri, *d. l. ſi quis.* 56. §. *ult.* Et an igitur hoc poſteriore caſu ne naturalis quidem obligatio naſcitur? Omnino, *l. quod dominus.* 64. *de cond. ind.* ſed hìc fidejuſſor acceptus ideo non tenetur, quia ſi qua hìc eſſet fidejuſſoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri ſubjectus] Igitur à ſenſu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre ſi ſtipuletur, utilis eſt ſtipulatio. Idemque probandum eſt, ſi ſtipulatio ad bona filii caſtrenſia pertineat: quippe cùm in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, *l.* 2. *de ſen. Mac. l.* 4. *de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov.* 117. *c.* 1. & hodie ſimpliciter, quoniam ἑνότης illa una cum veteris patriæ poteſtatis effectu exolevit.

Filii verò familiarum aliis obligari poſſunt] Inter ſervum & filiumfam. hoc intereſt, quod ſervus non tantùm domino, ſed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari poteſt, *l. ſervi.* 14. *de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & cauſam mutui tamquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *l. filiusfam.* 39. *eod. tit.* vid. *inf. tit. quod cum eo, qui in alien. poteſt.*

Textus.

De muto & ſurdo.

7. *Mutum neque ſtipulari, neque promittere poſſe, palam eſt: quod & in ſurdo receptum eſt, quia & is, qui ſtipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba ſtipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit, ſed de eo, qui omnium non audit.*

Commentarius.

Cum ſtipulatio confici non poſſit, niſi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum reſpondente, palam eſt, neque mutum neque ſurdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non poteſt: non ſurdum, quia verba ſtipulantis audire, & proinde ad interrogata reſpondere nequit. Non enim ſufficit ad hanc obligationem conſtituendam, per litteras aut interrogari aut reſpondere, ſed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari neceſſe eſt, *l.* 1. *pr. de verb. obl. l.* 1. §. *pen. & ult. de obl. & act.* Enim verò quod mutus & ſurdus per ſe facere non poſſunt, ut aut ſtipulando ſibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere poſſunt per ſervum, ſi quid eorum illum facere jubeant, *d. l.* 1.

Digitized by Google

in pr. de verb. obl. Etenim quod ſervus ſtipulatur, id domino volenti rectè acquirit, cui etiam nullo ejus juſſu præcedente acquireret, atque adeo invito, *item vobis. 3. ſup. per quas perſ.* Si quid juſſu domini promittat, placet dominum obligari quod juſſu, *d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juſſ. §. 1. inſ. quod cum eo, qui in al. poteſt.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epiſtolam. Qui ſurdus tantum eſt, etiam verbis jubere poteſt.

Qui omnino non audit] Scribit tamen alibi Juſtinianus, neminem tam ſurdum eſſe, quin audiat, ſi quis ſupra cerebrum ejus loquatur, *l. diſcretis. 10. C. qui teſtam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc eſſe, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri poſſe, ut is, qui ſurdus natus eſt, articulatam vocem edat, vid. Plin. *lib. 10. nat. hiſt. cap. 69.* VINN. Prius non Juſtinianus, ſed Celſus dixit, forte ex philoſophi alicujus veteris traditione, quales traditiones de rebus naturalibus ſæpe fallunt. Experimento quodam rem firmare voluit Caſp. Schott. *Schol. Steganogr. Claſſ. 8. cap. 17. Annotat. 2. p. 339.* ſed fides ſit penes auctorem. Magis certum eſt ſurdum à nativitate articulatam vocem edere poſſe. Artem hîc ſuperare naturæ virium exemplis pluribus mihi conſtat. Conf. Præceptoris τοῦ μακαρίτου Sam. Strykii *de Jure ſenſ. Diſſ. 4. cap. 1. §. 21. p. 223.* HEIN.

TEXTUS.

De furioſo.

8. *Furioſus nullum negotium gerere poteſt, quia non intelligit, quod agit.*

COMMENTARIUS.

VErbis fieri ſtipulatio dicitur, non quod ſine conſenſu ſolis verbis fiat, ſed quod ſine verbis non fiat ſolo conſenſu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu ſit, ſine conſenſu conſtitui, *l. 1. §. conventionis. 3. de pact.* Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex ſtipulatu, quàm ex quovis alio contractu obligari poſſunt. In hoc genere ſunt furioſi, mente capti, prodigi, infantes. Furioſum nullum negotium contrahere aut gerere poſſe, natura manifeſtum eſt, *l. 1. §. furioſus. 12. de obl. & act. l. ſi à reo. 70. §. 4. de fidejuſſ. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim eſt, ut quid agi aut geri intelligatur, quàm ut curator dici poſſit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioſo quod dicitur, id intelligendum eſt etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur, quoniam non alia ratione in furioſo locum habet, quàm quia mente caret, ſive ut hic ſcriptum eſt, *quia non intelligit, quod agit.*

In eadem cauſa cum furioſo eſt & prodigus, ſeu is, cui bonis interdictum eſt, verùm cum de eo obligando agitur duntaxat. In acquirendo enim diſſimilitudo eſt. Quippe furioſus nullum negotium rectè gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem ſibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus ſtipulando aut aliter contrahendo ſibi acquirere poteſt, licet promittendo non obligetur non magis quàm furioſus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furioſi aut prodigi in *l. furioſi. 40. de reg. jur.* Obiter hîc illud admonendi ſumus, quod furioſus geſſit in intermiſſione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea rectè geſtum furore poſtea interveniente perimi, *§. 1. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt. l. 9. C. qui teſt. fac.* & ibi DD.

TEXTUS.

De impubere.

9. *Pupillus omne negotium rectè gerit, ita tamen ut ubi tutoris auctoritas neceſſaria ſit, adhibeatur tutor: veluti ſi ipſe obligetur: nam alium ſibi obligare etiam ſine tutoris auctoritate poteſt. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum eſt, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans & qui infantiæ proximus eſt, non multum à furioſo diſtant: quia hujuſmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantiæ propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta eſt, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in poteſtate parentis eſt impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

NOTÆ.

Infans] Infantem dicimus uſque ad annum ſeptimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del.* qua ætate plenè abſolvitur integritas loquendi. Macrob. *1. in Somn. Scip. 6.*

Infantiæ proximus] Qui ſeptennium egreſſus adhuc conſiſtit intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

Ne auctore quidem patre] *l. ult. §. 2. de verb. obl.* ſicut nec ex contrario auctore patre ſibi acquirere poteſt. Pupilli alia ratio, cujus è re eſt, ſaltem tutore auctore obligari poſſe, cùm ipſe viciſſim ſibi alios obliget.

COMMENTARIUS.

1 *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur?*

2 *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari deſinat, vocarique incipiat pubertati proximus?*

3 *Iterum de infante & infantiæ proximo.*

4 De

4 De proximis pubertati: & an non ſaltem naturaliter ſine tutoris auctoritate obligentur?
5 De obligatione puberum minorum 25. annis.
6 Cur placeat, impuberem ne patre quidem auctore obligari?

Pupillus omnia tutore auctore rectè agit, quædam etiam ſine eo. Tutore auctore tam ſe aliis, quàm alios ſibi obligare poteſt: ſine tutoris auctoritate ſe quidem aliis non obligat, ſed alios ſibi, & in univerſum conditionem ſuam meliorem facere poteſt etiam ſine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes ſeu cujuslibet ætatis; verùm ad eos tantùm, qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex
1 pupillis ſint, poſtea intelligetur. Ætatis pupillaris tres ſunt partes ſive gradus. Eſt infans; eſt infantiæ proximus; eſt proximus pubertati. Infans dicitur, quaſi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non poteſt: ſicut ex converſo per eum, qui fari poteſt, ſignificatur infante major, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. ſervo. 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus. 13. de obl. & act. l. mulier. 70. de verb. obl. l. 6. rem pup. ſalv. for. l. 5. de reg. jur.* At enim verò ſciendum eſt, jure noſtro infantiam non uſu & naturali facultate loquendi, ſed ætate æſtimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor eſt ſeptem annis, *l. infanti. 18. C. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de ſponſal.* Etſi enim qui ſeptem annos nondum natus eſt, natura fari poteſt, tamen jure id facere non poſſe exiſtimatur; quoniam quid loquatur non intelligit. Proximus
2 infantiæ dicitur, qui ſeptennium nuper ſuperavit, ἑπταετὴς, ſeptennis. Macrobius 1. *in Somn. Scip. cap. 6. Anno ſeptimo plenè abſolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari debeat, & vocari incipiat pubertati proximus, non eſt ſatis exploratum: tum quia id jure expreſsè definitum non reperitur: tum quia in eo definiendo mirè variant interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. *ad d. l. 5. de reg. jur.* Ræviard. *ad l. pupillum. 111. eod.* Alii annum decimum tertium, Hotom. *hic.* Robert. *2. recept. lect. 17.* Quibuſdam pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium, vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem ſemeſtre deeſt, *17. obſ. 4.* Accurſius ad hunc loc. & in *l. 1. de novat.* cenſet, totum reliquum tempus, quod infantiam ſequitur uſque ad pubertatem, dividendum eſſe in duas partes æquales, ut qui conſiſtat intra priorem, hic ſit infantiæ proximus: qui hanc egreſſus conſiſtat intra poſteriorem, is dicatur proximus pubertati: quia revera huic ſit proximior, quàm infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui ſeptem annis major conſiſtat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui exceſſit, eſſe proximum pubertati. Pupillam autem infantiæ proximam eam eſſe, quæ infantiam egreſſa, conſiſtat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem exceſſit, eſſe pubertati proximam. Idem cenſet Bart. & Caſtr. *in d. l. 1. de novat.* communemque hanc eſſe ſententiam teſtantur Decius *ad d. l. pupillum. 111. de reg. jur.* Vigl. *in §. teſtes. 6. ſup. de teſt. ord.* Gomez. *3. reſol. 1. n. 57.* Schneid. *ad pr. ſup. de auct. tut. n. 12. & ſeq.* Sunt denique, qui judicis poteſtati & arbitrio hoc committendum exiſtimant, ut is non tam ex ætate, quàm captu & aſtutia impuberis æſtimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus ſit habendus; ut & alias fieri conſuevit in iis, quæ certo jure definita non ſunt, *l. 1. §. ult. de jur. delib.* in qua ſententia jam olim fuit Joan. Fab. *hic.* & Salic. *ad l. 7. C. de pœn.* eamque probant Dec. Vigl. *citatis loc.* Coraſ. *6. miſc. 23.* Covar. *de matr. p. 2. c. 5. n. 7.* Menoch. *2. arbitr. c. 57. n. 20. & ſeqq.* Gœdd. *de contr. ſtip. c. 7. n. 185. & ſeqq.* Philipp. *Matth. ad l. fere. 108. n. 39. & ſeq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius à vero abeſſe videtur opinio communis, quam etiam Gomez. *ubi ſup.* in judicando & conſulendo ſequendam cenſet. Et verò cùm tempus, quod infantiam ſequitur uſque ad pubertatem, in duas ætates diviſum ſit, in eam, quæ proxima eſt infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computandâ altera retro, in altera porro eatur, hoc ipſo & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo ſatis jure definitur, nimirum juſta temporis illius medietas.

Infans & infantiæ proximus non multum à furioſo] Infans in his, quæ animo & affectu ge- 3
runtur, non multum à furioſo diſtat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut effectu acquirendi ducatur, quàm furioſus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere poteſt, nec contrahendo obligari, aut obligationem ſibi acquirere. Illud tantùm utilitatis cauſa receptum eſt, ut infans tutore auctore poſſit incipere poſſidere, judiciumque infantis in re, quæ facti magis, quàm juris eſt, ſuppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis. 32. §. ult. de acquir. poſſeſſ. l. 3. C. eod.* Don. *5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l. 9. de acq. hær.* dicitur, nihil ſcire aut diſcernere: alibi non intelligere, quod agitur, *l. 1. § huic proximus. 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. ſalv.* actum rei non intelligere, *l. 5. de reg. jur.* Cæterùm cùm & hic & iiſdem illis locis proditum ſit, eum, qui infantiæ proximus eſt, & ſtipulari, & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus rectè agere poſſe, quàm qui proximus ſit pubertati, quantumvis id benignè receptum ſit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica ſalis accipienda eſt, quod

Digitized by Google

ille ſcilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum: ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam ſi nec proximus infantiæ ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere poſſet, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda eſſet, quàm in infante. Denique non alia ratione receptum eſt, ut ſeptennio major, idemque infantiæ proximus ſponſalia contrahere, item ſine auctoritate tutoris incipere poſſidere queat, quàm quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut disertè teſtantur Juriſconſulti, *l. 14. de ſponſal. l. 1. §. furioſus. 3. de acq. poſſ. l. quamvis. 32. §. ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximi] Ut ſcilicet ſtipulando aut aliter contrahendo ſibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia rectè gerere poſſint, *l. 5. de reg. jur.* Quod cùm illis benigniter præſtitum dicatur, *l. 1. §. huic proximus. 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. & hoc text.* ſciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes eſt, ut adhuc infantiæ ſit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax eſt pubertati proximus, *l. pupillum. 111. de reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de ſepulch. viol. l. impuberem. 23. de furt. l. 13. §. 1. de dol. mal.* Gomez. 3. *reſol. 1. n. 57.* & cùm infantiæ proximus, cùm remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem planè cauſa cum infante & furioſo tamquam nullum intellectum habens ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cùm quæritur, an non ſaltem pupillus ex contractu ſine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæſtione quid habendum ſit videamus. Et poſito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus eſt, jam intelligere, quod agitur, velle & conſentire natura poteſt, neminem dubitare oportet, quin ex conventione ſua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis ſit, actum rei intelligere, ac proinde conſentire poſſe, ſatis probant hic textus & ſupra citati loci, in quibus hoc ſolo intuitu infantiæ proximus ſeparatur à proximo pubertati, quod ille non intelligat quod agitur, hic intelligat; ille doli expers ſit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Juſtinianus pronuntiat, nullum eſſe eorum animi judicium, *§. 1. ſup. quib. non eſt perm. fac. teſt.* id quidem rectè etiam dicitur de pubertati proximis, ſed in re, de qua ibi agitur, diſpoſitione teſtamentaria, in qua merito majus & ſolidius judicium requiritur, quàm in ullam partem pupillaris ætatis cadere poſſe creditur. Sed & nonnullis locis expreſsè traditum eſt, pupillum (intellige ſemper adulto proximum,) ſine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *l. cum illud. 25. §. 1. quand. dies leg. l. ſi pupillus. 21. ad leg. Falc. l. Stichum. 95. §. 2. de ſolut.* Idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejuſſor acceptus pro eo, quod pupillus promiſit, teneatur, *l. ſi pupillus. 127. de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in ſe ſuſcipiente, novetur, *l. 1. in fin. de novat.* Ex quo corruit diſtinctio eorum, qui eo demum caſu pupillum ſine tutore naturaliter ex contractu obligari ſtatuunt, cùm locupletior factus eſt. Nemo enim ex promiſſione ſua, aut ſuſceptione alienæ obligationis umquam ſit locupletior. Deinde ſi ex geſtu aut contractu ſine tutoris auctoritate locupletior factus ſit pupillus, non naturaliter tantùm, ſed etiam civiliter obligatur ex conſtitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus eſt, detur, *l. 3. §. pupillus. 4. de neg. geſt. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* de quo caſu non poteſt intelligi, *d. l. 127. de verb. obl.* ubi vid. Don. *num. 11.* Quod verò id, quod pupillus ita debet, compenſari aut ſolutum retineri non poteſt, non eam rationem habet, quod nulla verè hìc ſubſit obligatio: ſed quod perſonæ pupilli hoc tributum eſt, ne obligatio ei noceat. Planè quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione naſcitur, potiſſimum cernitur in jure compenſandi & ſoluti retinendi, *l. 6. de compenſ. l. naturales. 10. de obl. & act.* in perſona autem pupilli obligatio eumdem effectum non habet; inde fit, ut pupillo ſine tutoris auctoritate contrahente, ſic aliquando loquantur Juriſconſulti, tamquam ne natura quidem iſto modo obligaretur, *l. quod pupillus. 41. de cond. ind. l. pupillus. 59. de obl. & act.* habita, inquam, ratione perſonæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem conſenſus obligationis vis omnis detracta eſt, quatenus ipſi nocere poſſit: non autem conſiderata conditione obligationis, quaſi nulla omnino ſubeſſet: alioqui ne acceſſiones quidem admitteret, aliiſve prodeſſe aut nocere poſſet. Si quis adhuc ſcrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione diſputamus *ſup. ad rubr. de oblig. & tract. de pact. c. 14.* Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. 5 Quippe qui ſi curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione ſua obligantur, ita ut captis neceſſaria ſit in integrum reſtitutio. Enimverò ſi curatorem acceperint, conſenſum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio naſcitur, *l. 3. C. de in int. reſt. min.* cui è diametro obſtare videtur, *l. puberes. 101. de verb. obl.* niſi dicamus, verbum *ſuis in d. l.* generalem tantùm reſpectum curatorum & adultorum, tamquam correlatorum, exprimere. Modeſtinus haud dubiè Græcè ſic ſcripſit, τοῖς βοηθοῖς αὐτῶν κηδεμόσιν, &c. Quod autem quidam eum locum reſtringunt ad ſponſalia aut nuptias, oppido quàm ineptum eſt. DD. *in d. l. 3. & in d. l. 101.* mirè variant in horum locorum conciliatione, vid. *d. cap. 14. de pact.* Ubi *num. 18.* probo ſententiam Tim. Fabri *anniverſ. diſput. 9.* verba *d. l. 101. puberes ſine curatoribus ſuis &c.* ſic interpretantis, abſentibus curatoribus ſuis; puberes alibi verſantes ſine curatoribus

Digitized by Google

bus, quos habent, &c. non utique ſine eorum conſenſu, ſed præſentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesſque intereſſe, quod tutor in ipſo negotio præſens eſſe, & ſtatim auctor fieri debeat, *l. 9. §. penult. de auct. tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea accedens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat. Vinn. Acuta hæc, ſed parum ſolida. Modeſtinum hæc græcè ſcripſiſſe, æquè incertum eſt, ac quod ſcripſerit, *οἱ δύο κυρεύουσιν*. Nec principiis juris ſatis convenit commentum Timæi Fabri, quia ſic minor facile poſſet curatori ſuo illudere, & quaſcumque contrahere obligationes, modo eo abſente promitteret. Veriſſimum itaque eſt, pupillum ſine tutore naturaliter quidem, ſed non civiliter: minorem ſine curatore & naturaliter & civiliter obligari, ejuſque rei conſultiſſimam hanc eſſe rationem, quod tutor perſonæ, curator rebus datur. Unde & minor non reſtituitur, niſi in rebus ſuis detrimenti quidquam paſſus ſit. Luculenter hanc minorum obligationem præter *l. 101. ff. de V. O. probat. l. 43. ff. de V. O.* Adde quod & jusjurandum deferre poteſt, *l. 9. §. 4. ff. de jurej.* & ex confeſſione ſua tenetur. *l. 6. §. pen. de confeſſ.* Eleganter & ſolidè hæc demonſtravit vir ampliſſimus Zachar. Hub. *diſſ. de obligatione puberum*, ubi & *l. 3. C. de in integr. reſtit.* his principiis non adverſari docet *cap. 7.* Hein.

6 *Ne auctore quidem patre obligatur.*] Abſurdum videri poteſt, quod hìc Juſtinianus & Juriſconſultus in *l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cùm pupillus, ex quo fari poſſe cœperit, obligetur auctore tutore. Sed ſciendum, tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in poteſtate eſt, diſſimilem eſſe rationem. Pupillus non tutori, ſed ſibi acquirit, placetque eum etiam ſine tutoris auctoritate contrahendo alios ſibi obligare, quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipſe invicem ſaltem tutore auctore obligari poſſit: cùm alioqui nemo facile cum eo contracturus ſit. At qui in poteſtate patris eſt, non ſibi, ſed patri acquirit, non ad ſuam, ſed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde numquam è re impuberis in poteſtate conſtituti eſſe poſſit, viciſſim obligari. Ideoque cùm pater auctor eſſe non poſſit, ut filius ſibi acquirat, placet, nec auctorem eſſe poſſe, ut filius obligetur. Quod ſi patri videbitur è re ſua eſſe obligari, ipſe promittat. Planè cùm pater, non ut pater, ſed ut legitimus adminiſtrator bonorum filii adventitiorum conſideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare poteſt, *l. ſi infanti. 18. in fin. C. de jur. delib. l. ult. §. ſin autem. 4. in fin. C. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

Textus.

De conditione impoſſibili.

10. *Si impoſſibilis conditio ſtipulationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio. Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat; veluti ſi quis ita dixerit,* Si digito cœlum attigero, dare ſpondes? *At ſi ita ſtipuletur,* Si digito cœlum non attigero, dare ſpondes? *purè facta obligatio intelligitur, ideoque ſtatim peti poteſt.*

Notæ.

10. *Cui natura impedimento*] Huic ſimilis eſt quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l. 15. de cond. inſtit. l. 26. & ſeqq. de verb. obl.*

Si digito cœlum non attigero] Hæc ſtipulatio non continet conditionem impoſſibilem, ſed *ἀναγκαῖόν τι*. Nam cujus affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria. Ariſtot. *περὶ ἑρμ. cap. pen.* Conſentiunt JCti, *l. 7. & 8. eod.*

Commentarius.

1 *Cujus affirmatio impoſſibilis, ejus negatio neceſſaria.*

Ex defectu cauſæ efficientis ſeu conſenſus contrahentium eſt, quod hìc docemur, ſtipulationem nullius momenti eſſe, quæ concepta eſt ſub conditione impoſſibili: nam qui ſub conditione quid promittit, is ſe obligari non vult prius quàm conditio extiterit: unde fit, ut ſi defecerit conditio, conſtetque jam amplius eam exiſtere non poſſe, nihil actum aut promiſſum videatur. Idem ergo & maximè evenire neceſſe eſt, cùm ſtipulatio facta eſt ſub conditione impoſſibili; quippe quam jam nunc ſtatim certum eſt defeciſſe, cùm natura exiſtere non poſſit. Neque hoc ſolùm in ſtipulationibus, *l. 1. §. item. 11. de obl. & act. l. 7. l. ſi ſtipuler. 35. de verb. obl.* ſed in cæteris quoque conventionibus locum habet: ſiquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciſcentium ſpectanda, qui procul dubio nihil agi exiſtimant, cùm conventioni apponitur ea conditio, quam ſciant eſſe impoſſibilem, *l. non ſolum. 31. de obl. & act.* Aliud juris eſt in ultimis voluntatibus, quarum favore impoſſibilis conditio ſub colore mendi detrahitur, & pro non ſcripta habetur, *l. 1. de cond. inſt.* vid. *ſup. §. impoſſibilis. 10. de hær. inſt.*

Cui natura impedimento eſt] Impoſſibilis conditio propriè eſt, quæ in eum caſum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non ineptè impoſſibilem dixeris, quæ turpis eſt & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri poſſe credendum eſt,

quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius. 15. de cond. inſt.* & ſub tali quoque conditione facta ſtipulatio æquè nullius momenti eſt, *l. generaliter. 26. cum ſeq. l. ſi ſtipuler. 35. §. 1. l. ſtipulatio. 61. l. continuus. 137. §. cum quis. 6. de verb. obl.* De turpi ſtipulatione ſeparatim agitur inferius, *§. quod turpi. 26. hoc tit.*

Si digito cœlum non attigero] Impoſſibilitas conditionis non ex re, quæ in ea eſt, ſed ex eo, quod de ea re fieri debet, æſtimanda eſt. Nam quod fieri debet, ſi per rerum naturam fieri non poteſt, conditionem habet impoſſibilem: ſin poteſt, poſſibilem: quod ſi etiam fieri non poteſt, quin eveniat, neceſſariam. Itaque hæc ſtipulatio; *Si digito cœlum non attigero, dare ſpondes?* non continet conditionem impoſſibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cœlum tetigero*: ſed neceſſariam, & quam certum eſt extituram eſſe. Thom. *in 4. diſtinct. 29. art. 3. q. 3.* Nam cujus affirmatio eſt
1 impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria, ex regula Dialecticorum. Ariſt. *de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, ſola verborum figura hujuſmodi ſtipulationes conditionales eſſe, revera non eſſe, ſed puras, *l. 9. §. 1. de novat.* ubi Juriſconſultus ſcribit, eum, qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino extitura eſt, purè ſtipulari videri. Et verò abſurdum eſſet, aut ſuſpendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipſo revera jam extitit, quod non poteſt non exiſtere. Rectè igitur hìc ait Juſtinianus, ſi talis conditio inſeratur ſtipulationi, *Si digito cœlum non attigero*, purè contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi poſſe. Conſentiunt Juriſconſulti in *l. 7. & l. 8. de verb. obl.*

TEXTUS.

De abſentia.

11. ***Item verborum obligatio inter abſentes concepta inutilis eſt. Sed cùm hoc materiam litium contentioſis hominibus præſtabat forte poſt tempus tales allegationes apponentibus, & non præſentes fuiſſe vel ſe vel adverſarios ſuos contendentibus; ideo noſtra conſtitut. propter celeritatem dirimendarum litium introducta eſt, quam ad Cæſarienſes advocatos ſcripſimus: per quam diſpoſuimus tales ſcripturas, quæ præſto eſſe partes indicant, omnino eſſe credendas, niſi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifeſtiſſimis probationibus, vel per ſcripturam, vel per teſtes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum, ſeſe vel adverſarium ſuum in aliis locis fuiſſe.***

NOTÆ.

11. *Toto eo die, &c.*] Igitur quod dicitur, fictum negantis per rerum naturam probationem nullam eſſe, *l. 23. C. d. tit.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumſcriptum eſt, cujus negatio per indirectum probari poteſt, *d. l. 14. C. de contr. ſtip.* Quintil. *lib. 5. cap. 6. & 7.* Ariſtot. *Rhet. ad Alex. c. 14.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur* l. 57. de don. int. vir. & ux.
2 *Summa conſtit.* in l. 14. C. de contr. ſtip.
3 *Probatio negativæ arctatæ loco & tempore.*

Inter abſentes concepta inutilis eſt] Si ſtipulatio confici non poteſt, ut aliquoties dictum eſt, niſi utroque loquente & altero alterum audiente, perſpicuum eſt, abſentem non magis, quàm mutum aut ſurdum ſtipulationem contrahere poſſe, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit.* Non adverſatur Paulus in *l. ea. quæ. 57. de don. int. vir. & ux.* ubi profert epiſtolam, qua continetur ſponſio abſenti viro ab uxore abſente 1
miſſa: intelligi enim debet ſtipulationem antea inter præſentes conjuges interpoſitam fuiſſe, ut eſt lex & conditio ſtipulationis, cujus inter præſentes interpoſitæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Abſentes variè pro loco dicuntur: hìc ſunt, qui invicem audire non poſſunt, *d. l. 1. de verb. obl.*

Propter celeritatem dirimendarum litium] Cùm ex eo quod non niſi inter præſentes ſtipulatio fieri poteſt, occaſionem litis caperent homines contentioſi, objiciendo, ſe vel adverſarium ſuum, quo die ſtipulatio celebrata dicitur, abſentes fuiſſe, nec ſatis expeditum eſſet, actore ſtipulationem factam eſſe affirmans, partium præſentiam, an reus factam negans, ſuam vel adverſarii abſentiam probare deberet, Juſtinianus hujuſmodi litium materiam conſtitutione ſua amputavit, quæ extat in *l. optimam. 14. C. de cont. ſtip.* Voluit fidem haberi ſcripturæ, idoneæ nempe ad probandum, qua continetur, par- 2
tes præſentes fuiſſe, niſi qui contradicit manifeſto oſtendat per ſcripturam vel teſtes omni exceptione majores, ſe vel adverſarium toto eo die alibi fuiſſe, vel quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egiſſe, ut illo tempore in loco, quo inſtrumentum confectum dicitur, eſſe non potuerit. Itaque in hoc quidem utile eſt, locum & diem inſtrumento inſeri. Debet verò illa probatio, ſive per inſtrumentum ſive per teſtes fiat, aliquanto potentior eſſe ſcriptura ex adverſo prolata, ut judici fidem faciat: per *l. precibus. 18. C. de probat.* DD. ad *d. l. optimam. 14. C. de contr. ſtip.*

Scripturas tales eſſe credendas.] Id eſt, veras eſſe præſumendum. Quæ tamen præſumptio non eſt juris, & de jure, ut loquuntur, cùm adverſus eam admittatur contraria probatio: ſed juris tantùm. Atque hanc pro inſtrumento præſumptionem interpretes appellant præſumptionem veritatis, eo quod verum eſſe præſumitur & creditur, quod in inſtrumento ſcriptum eſt, donec contrarium probetur. Eſt

enim

Digitized by Google

enim pro inſtrumento & alia præſumptio, quæ dicitur ſolemnitatis. De qua *inf. §. ſi ſcriptum. 16.*

Toto eo die, quo conficiebatur inſtrumentum] Facti, quod tempore & loco circumſcribitur, negatio probari poteſt; veluti ſi, quod me Lugduni promiſiſſe, aut mihi numeratum fuiſſe dicitur Calendis Januariis, id me promiſiſſe aut mihi numeratum eſſe negem, quia eo die Ro-
4 mæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam eſſe, *l. actor. 23. C. de probat. l. 10. C. de non num. pec.* id verum eſt, quatenus ſolùm negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod ſi quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per neceſſariam conſequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quamquam ne ſic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, ſed quatenus affirmat tantùm. DD. in *d. l. actor. 23. C. de prob.* Duar. *cap. 4. de probat. in poſt. comment.* Donell. *cap. 4. de probat.* Quintil. *lib. 5. cap. 6. & 7.*

TEXTUS.

De ſtipulatione poſt mortem, vel pridie quàm alter contrahentium moriatur.

12. *Poſt mortem ſuam dare ſibi nemo ſtipulari poterat, non magis quàm poſt mortem ejus, à quo ſtipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus poteſtate eſt, poſt mortem ejus ſtipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & ſi quis ita ſtipuletur:* Pridie quàm moriar, *vel*, Pridie quàm morieris dare ſpondes? *inutilis erit ſtipulatio. Sed cùm, ut jam dictum eſt, ex conſenſu contrahentium ſtipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum neceſſariam inducere emendationem, ut, ſive poſt mortem, ſive pridie quàm moriatur ſtipulator, ſive promiſſor, ſtipulatio concepta ſit, ſtipulatio valeat.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ſtipulationes hic propoſitæ olim pro inutilibus habitæ?*
2 *Qua ratione motus Juſtinianus jus vetus mutarit?*

OLim nemo ſtipulari poterat poſt mortem vel ſuam vel promiſſoris ſibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio eſt, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à perſona hæredis vel contra eum non inciperent: quaſi in his nec defunctum repræſentaret. Eamdemque ob cauſam etiam poſt mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, *§. poſt mort. 35. ſup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato poſt mortem, *l. 12. in fin. cum l. ſeq. mandat.*

Pridie quàm moriar] Putaverunt veteres hanc ſtipulationem, *Pridie quàm moriar*, aut *Pridie quàm morieris dabis?* incidere in ſpeciem præcedentem, cùm quis poſt mortem aut ſuam aut promiſſoris ſtipulatur, propterea quod illud pridie certo ſciri ac definiri non poteſt, niſi poſt reorum mortem. Qua de cauſa hujuſmodi quoque legatum, *Pridie quàm hæres aut legatarius morietur*, inutile eſſe cenſebant. *d. §. poſt mortem. 35. ſup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum.] Juſtinianus ſcrupuloſam hanc juris veteris ſubtilitatem ſuſtulit conſtitutione ſua, quæ extat in *l. ſcrupuloſam. 11. C. de contr. ſtip.* ut jam & ſtipulatio in tempus, poſt mortem, aut in aut ante diem mortis tam ſtipulatoris, quàm promiſſoris, concepta valeat, & poſt mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quàm morientur, liceat legare. Idem alia conſtitutione in univerſum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque, obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere poſſe, *l. unic. C. ut act. ab hær.* In hujus juris mutatione 2
ait, ſe reſpexiſſe non ad conceptionem verborum, ſed ad ſententiam & mentem contrahentium, quaſi qui ſtipuletur, poſt mortem ſuam ſibi dari, non debeat exiſtimari tam ſtultus, ut ſibi ipſi in id tempus ſtipuletur, ſed hoc perinde ſit accipiendum, ac ſi poſt mortem ſuam ſtipulatus eſſet hæredi ſuo, in cujus perſona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt, ſtipulationem pactam in tempus poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris, veteribus ipſo genere habitam fuiſſe pro impoſſibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere poſſit. Sed hac ratione efficitur, ut & hæc quoque ſtipulatio, *cùm moriar*, vel *cùm morieris, dabis?* apud veteres inutilis fuerit, contra *§. ita autem. 14. inf. eod.* & tale legatum, *Hæres meus poſt mortem ſuam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem *§. loca. 5. ſup. de verb. obl. & ad §. impoſſibilis. 10. ſup. de hæred. inſtit.*

TEXTUS.

De ſtipulatione præpoſtera.

13. *Item ſi quis ita ſtipulatus erat*, ſi navis cras ex Aſia venerit, hodie dare ſpondes? *inutilis erat ſtipulatio, quia præpoſtere concepta eſt. Sed quum Leo inclytæ recordationis in dotibus eamdem ſtipulationem, quæ præpoſtera nuncupatur, non eſſe rejiciendam exiſtimaverit, nobis placuit, & huic perfectum robur accommodare, ut non ſolùm in dotibus, ſed etiam in omnibus valeat hujuſmodi conceptio ſtipulationis.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

STipulationes hoc modo aut ſimili conceptæ: *Si navis cras venerit hodie dare ſpondes?* præpoſteræ dictæ ſunt, quoniam qui ita ſtipulatur, filiam vult naſci ante matrem, id eſt, obligationem conſtitui ante eventum conditionis: quod ὕστερον πρότερον, cùm in omni ſtipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, § 4. *ſup. de verb. obl.* Itaque hujuſmodi conceptiones, ut futiles & manifeſtam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ ſunt. Unde dubitatum eſt de ſtipulatione concepta hoc modo: *Si Titius conſul factus fuerit, tum ex hac die in annos ſingulos dena dari ſpondes?* num & ipſa præpoſterè concepta videri debeat? Sed præpoſteram non eſſe indicat particula *tum*, quæ refertur ad tempus exiſtentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis tunc, cùm conditio extiterit, dari oporteat, *l. hujuſmodi. 64. de verb. obl.*

Si navis cras ex Aſia, &c.] Ita & Theoph. ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præpoſteratio. Pac.

Sed quum Leo inclytæ recordationis] Cùm præpoſteræ ſtipulationes in dotibus à Leone admiſſæ eſſent, Juſtinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis ſtipulationes valere ſtatuit. Cùmque ut valeant, neceſſe ſit, aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura ſit obligatio; aut præſentis temporis mentionem, ut tota ſit conditionalis inve diem; poſterius Juſtiniano placuit, ut ſcilicet perinde valeant, quaſi vel in diem vel ſub conditione tantùm conceptæ eſſent, ac proinde exactio uſque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præpoſteri. 25. C. de teſt.*

TEXTUS.

De ſtipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem ſtipulatio concepta, veluti ſi Titius dicat*, cùm moriar, dare ſpondes? *vel*, cum morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item poſt mortem alterius rectè ſtipulamur.*

NOTÆ.

14. *Cùm moriar, cùm morieris*] Hæ formulæ ſemper probatæ fuerunt, *l. 45. §. 1. & pen. de verb. obl. l. 17. de cond. ind.* etiam in legatis, *l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. de cond. & dem.* Ulp. *tit.* 24. §. 15. ſcil. auctores noſtri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adſcribunt, *l. 8. §. 1. de man. teſt.* Cujac. 3. *obſ.* 34. qua de re olim quæſitum. Gell. 6. c. 13.

15. *Poſt mortem alterius*] In hac formula, *poſt mortem Titii dare ſpondes?* apertè ceſſat ratio, ob quam placebat ſtipulationem poſt mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque numquam improbata fuit.

COMMENTARIUS.

AUctores noſtri ex ſententia quorumdam philoſophorum (vid. Gell. *lib. 6. cap. 13.*) momentum moriendi vitæ potius, quàm morti dandum cenſuerunt: cui conſequens eſt, ut quæ in tempus poſt mortem non rectè conferuntur, rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cùm moriar*, vel, *cùm morieris dare ſpondes?* ſemper probatæ fuerunt, *l. quodcumque. 45. §. 1. & pen. de verb. obl.* uti & legatum hujuſmodi, *cùm hæres morietur*, *l. hæres. 79. §. 1. de cond. & dem.* Ulp. *tit. de legat. §. poſt mortem. 15.* Neque obſtat hìc regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cùm momentum moriendi non morti, ſed vitæ attribuatur, obligatio & actio in caſu propoſito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem tranſmitti: quemadmodum & conditiones quædam ſunt, quæ extremo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inſt.* Add. quæ ſcripſimus ad §. *poſt mortem. 35. ſup. de legat.* Hoc autem jure poſito, poſſe quemque ſibi ſtipulari, cùm morietur, admittendùm fuit, ut etiam qui in aliena poteſtate ſunt, eodem modo ſibi ſtipulari poſſint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt poteſtate, cùm morientur, *l. quodcumque. 45. §. 1. de verb. obl.*

Poſt mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Poſt mortem Titii dare ſpondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hìc ceſſat ratio, ob quam placebat, ſtipulationes in tempus poſt mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem, quid hìc futurum ſit ſi ſtipulator ante Titium moriatur? Reſpondet D. Bachovius, ſpem debitum iri in hæredem ſtipulatoris tranſmitti, ut juris eſt in ſtipulatione conditionali, §. 4. *ſup. de verb. obl.* Ego verò didici, diem adjectum, quem certum eſt extiturum eſſe, etſi ignoretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujuſmodi ſtipulationes, *cùm moriar, cùm morieris, cùm Titius morietur*, jure conditionalium cenſeri, ut obligationem differant; ſed eumdem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut ſtatim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, ſed peti tantùm antequam dies veniat, non poſſit, §. 2. *ſup. d. tit. l. 79. de cond. & dem.* Itaque in propoſito dicendum eſt, non nudam ſpem debitum iri ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti, ſed tranſmitti debitum ipſum, atque obligationem, quæ ſtipulatori ſtatim quæſita fuit.

Digitized by Google

TEXTUS.

De promiſſione ſcripta in inſtrumento.

16. *Si ſcriptum in inſtrumento fuerit, promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit.*

COMMENTARIUS.

PRo inſtrumento duplex præſumptio eſt: una quæ dicitur *veritatis*, propterea quod verum eſſe creditor, quod ſcriptum eſt, niſi contrarium manifeſtè doceatur, §. *item.* 11. *ſup. eod.* altera, quam appellant præſumptionem *ſolemnitatis*; quoniam ſi de re aliqua, quæ certas ſolemnitates jure deſiderat, ſcriptum ſit in inſtrumento, eam interveniſſe; etſi expreſſum non ſit, geſtam eam eſſe adhibitis iis ſolemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipſum intelligitur, omniaque creduntur ſolemniter acta, *l. ſciendum.* 30. *de verb. obl.* Veluti ſi ſcriptum ſit in inſtrumento, promiſiſſe aliquem, perinde hoc haberi placet, ac ſi ſcriptum eſſet, interrogatione præcedente reſponſum eſſe, *l. Titia.* 134 §. 2. *de verb. obl. l.* 1. *C. de contr. ſtip.* Paul. 5. *ſent.* 7. unde hic locus deſcriptus videtur. Item ſi ſcriptum ſit, fidejuſſiſſe aliquem, præſumitur, id factum rite atque utiliter, interpoſita ſcilicet ſtipulatione, §. *ult. tit. ſeq.* Cæterum adverſus hoc quoque genus præſumptionis contrariam admitti probationem verius eſt, *l. juris gentium.* 7. §. *quod fere.* 12. *de pact.* Donell. *ad d. l. ſciendum.* 30. *de verb. obl.*

TEXTUS.

De pluribus rebus.

17. *Quoties plures res una ſtipulatione comprehenduntur, ſiquidem promiſſor ſimpliciter reſpondeat,* Dare ſpondeo, *propter omnes tenetur. Si verò unam ex his vel quaſdam daturum ſe ſpoponderit, obligatio in iis, pro quibus ſpoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim ſtipulationibus una vel quædam videntur eſſe perfectæ: ſingulas enim res ſtipulari, & ad ſingulas reſpondere debemus.*

NOTÆ.

17. *Propter omnes tenetur*] Sive univerſæ verbo collectivo in ſtipulatum deductæ ſint, veluti, *Quadrigam illam dare ſpondes?* ſive nominatim ſingulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot ſtipulationes ſunt, quot ſpecies. Ratio eſt, quia indefinita reſponſio pro univerſali valet, §. 5. *ſup.* add. *l.* 29. *l.* 86. *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

Pro quibus ſpoponderit] *l.* 83. §. 4. *de verb. obl.* Aliud eſt, ſi quis ſtipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum ſe daturum reſpondeat, *d. l.* 83. §. 2. quia ille ſimilis eſt ei, qui ſtipulanti ſub conditione purè promittit, mutata forma interrogationis. v. *ſup.* §. 5.

Et ad ſingulas reſpondere] Quarum ſc. præſtatione adſtringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur, cùm plures res nominatim in ſtipulatum deducuntur, dubitatum, an promiſſor ſimpliciter reſpondendo in omnes teneatur?*

2 *Intereſſe, utrum plures res conjunctim an disjunctim in ſtipulationem deductæ.*

3 *Hotomanni emendatio improbata.*

REs plures duobus modis una conceptione in ſtipulatum deducuntur; vel nominatim, ut verbis ſtipulationis ſingulæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare ſpondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non eſſe, erronem non eſſe, furem non eſſe, ſpondes?* vel collectim, ut verbo uno generali ſive communi res plures ſignificentur, ut *Summam illam* aut *Acervum illum pecuniæ dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur eſſe ſtipulationes, tot videlicet, quot ſunt ſummæ aut res in ſtipulatum deductæ, hìc ut una conceptio, ita quoque ſtipulatio una, *l. ſcire.* 29. *l. quod dicitur.* 86. *de verb. obl. l. quia dicitur.* 32. *de evict.* Excipe ſpeciem *l. Titia.* 134. §. *ult. de verb. obl.* De poſteriore ſpecie nullum dubium eſt, quin pro- 1
miſſore ſimpliciter reſpondente, *Dabo*, obligatio rectè conſtituta ſit. De priore autem dubitari poterat, an una ſimplex & indefinita reſponſio promiſſorem in res omnes, quæ expreſſæ ſunt, obligaret: quoniam cùm, uti dictum eſt, plures hìc intelliguntur eſſe interrogationes, plures quoque reſponſiones ad perficiendam ſtipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hìc reſponſionem ſufficere; quippe ſimpliciter reſpondendo, *Dabo*, ita promiſſorem reſpondere videri, ut ſtipulator verba concepit, & quaſi præivit, §. *præterea.* 5. *ſup. eod.* Itaque intelligendum eſt, etiam in una illa reſponſione plures eſſe reſponſiones. Extat apud Livium *lib.* 1. *cap.* 38. deditionis Collatinorum hæc formula: *Dediſtiſne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utenſilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

In iis pro quibus reſponderit] Nam ubi plures ſunt ſtipulationes, illæ cenſentur perfectæ, ad quas reſponſum eſt: verbi cauſa, ſi ego ſtipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his ſpoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus ſtipulationibus videris reſpondiſſe, *l. inter.* 83. §. 4. *de verb. oblig.* Diverſa cauſa eſt rerum plu- 2
rium disjunctim in ſtipulationem deductarum; veluti ſi ſtipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum ſpoponderis; hìc enim, quia mutata qualitate ſtipulationis reſpondes, purè promittens quod ſub cōditione ſtipulatus ſum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter.* 83. § 2. junct. *l.* 1. §. 3. *eod.*

Digitized by Google

eod. In pluribus tamen ſummis hic quod minus eſt ſponderi intelligitur, *d. l. inter.* 83. §. 3. dixi *ſup.* §. *præterea.* 5. *hoc tit.*

Et ad ſingulas reſpondere debemus.] Siquidem in res omnes, de quibus interrogati ſumus, obligari volumus: alioqui ſi ad quaſdam dumtaxat reſpondeatur, obligatio in his tantùm contrahitur, ad quas reſponſum eſt; in cæteris manet ſtipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci ſententia eſt, non uſque adeo obſcura, ut probare non poſſim emendationem Hotomanni, qui ſic legendum exiſtimat, *non ad ſingulas reſpondere debemus.*

TEXTUS.

De pœna adjecta ſtipulationi, alii dari.

18. *Alteri ſtipulari (ut ſuprà dictum eſt) nemo poteſt. Inventæ enim ſunt hujuſmodi ſtipulationes vel obligationes ad hoc, ut unuſquiſque acquirat ſibi quod ſua intereſt. Cæterum ſi alii detur, nihil intereſt ſtipulatoris. Planè, ſi quis velit hoc facere, pœnam ſtipulari conveniet, ut niſi ita factum ſit, ut eſt comprehenſum, committatur pœna ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt. Pœnam enim cùm ſtipulatus quis, non illud inſpicitur, quod interſit ejus, ſed quæ ſit quantitas in conditione ſtipulationis. Ergo ſi quis ita ſtipuletur:* Titio dari? *nihil agit. Sed ſi adjecerit pœnam,* Niſi dederis, tot aureos dare ſpondes? *tunc committitur ſtipulatio.*

NOTÆ.

18. *Nihil intereſt ſtipulatoris*] Pecuniariter ſcilicet. Affectioni autem tantùm tributum non eſt, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam inutili ſtipulationi pœnalem ſubjectam valere.*
2 *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt.*
3 *Quantacumque pœna promiſſa ſit, tantam deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum reſtrictio.*

QUi alteri dari aut fieri ſtipulatur, neque ſibi obligationem aut actionem acquirit, quia ſibi ſtipulatus non eſt; neque alteri, quia hoc pugnat cum fine ſtipulationum omniumque obligationum, quippe quæ ad hoc jure civili conſtitutæ ſunt, ut unuſquiſque acquirat ſibi, quod ſua intereſt, ut verò alii detur, nihil intereſt noſtra, *hoc text. & l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl.* In ſumma, qui alii dari ſtipulatur, nihil agit: qua de re dictum copioſè, adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum, ſub §. 4. *ſup. eod.* Cæterum quia ſæpe ad affectionem & votum noſtrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, oſtenditur hoc loco & apud Juriſconſultum ratio, qua quod alteri ſtipulando rectà conſequi non poſſumus, id obliqua via conſequamur, aut certè non minus nobis conſulatur. Ea eſt, ut, ſi quis alteri dari aut fieri ſtipulatus, velit hoc fieri, pœnam ſtipuletur, ſi ita factum non erit, uti cautum eſt: ſic enim futurum eſt, ut metu pœnæ promiſſor faciat quod promiſit, cùm ſi id ita factum non ſit, committatur pœnæ ſtipulatio etiam ei, cujus nihil intereſt.

Pœnam ſtipulari conveniet] Tria hoc loco & *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *alteri.* 17. de pœnali ſtipulatione ſtatui animadvertere poſſumus. Primum pœnam utiliter nos poſſe ſtipulari etiam tunc, cum ſtipulatio, cui pœnæ ſubjicitur, jure non valet. Deinde pœnam, exiſtente conditione, deberi & peti poſſe, etſi ſtipulantis non interſit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine ſubjecta erat pœnalis ſtipulatio. Poſtremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promiſſa erit, tantam deberi. Quæ an verè omnia dicantur, videndum eſt. Adverſus primum objici poteſt, quod pœnæ ſtipulatio videtur pendere ex priore, cui ſubjicitur, ejuſque eſſe acceſſio quædam & ſequela; ideoque priore non conſiſtente, & ipſam conſiſtere non poſſe, cùm ſine re principali acceſſioni locus eſſe nequeat. Argumento eſſe, quod ſtipulatio pœnæ non committitur, quæ ſubjecta eſt ſtipulationi impoſſibili, aut rei turpis, *l. ſtipulatio.* 61. *l. ſi homo.* 69. *de verb. obl.* Reſpondeo, verum non eſt, quod hic aſſumitur, pœnalem ſtipulationem eſſe acceſſionem prioris, ſed æquè atque illa principalis eſt, ut nihil prohibeat, quominus ſubjecta pœnalis ſtipulatio utilis ſit, licet prior, cui ſubjicitur, ſit inutilis: cùm nunquam una ſtipulatio, quæ per ſe utilis eſſe poteſt, per aliam inutilem vitietur, *l.* 1. §. *penult. eodem.* Quod verò impoſſibili aut turpi ſtipulationi ſubjecta pœnæ ſtipulatio & ipſa inutilis eſt, non ex eo fit, quod pœnalis ſtipulatio eſt acceſſio ejus, cui ſubjicitur, ſed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe ſubjecta impoſſibili & ipſa impoſſibilis habetur, turpi ſubjecta & ipſa turpis, utpote delicti invitandi cauſa ſubjecta. Neque verò pecunia dari poteſt, ut pœna, ubi non præſtat promiſſor, quod natura aut jure præſtare non poteſt, *argum. l. aliud eſt fraus.* 131. *de verb. ſign.* Donell. *ad d. l. ſi homo* 69. *de verb. obl.* Alterum, quod hic diſcimus, eſt, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil intereſt, intellige, cujus nihil intereſt alteri dari aut fieri: utique enim pœnam conſequi intereſt ſtipulatoris, quam ſibi, non alteri ſtipulatus eſt. At, inquis, etiam ut alteri detur, poteſt noſtra intereſſe, utique ex affectione: ſic enim ſcribit Juriſconſultus in *l.* 7. *de ſerv. export. Beneficio affici hominem, hominis intereſt.* Reſpondeo, proprie

prie id quod intereſt ſignificat, quod noſtra intereſt pecuniariter; ſic enim definitur, *quantum nobis abeſt, quantumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non conſequimur, niſi quod pecuniam noſtram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abuſivè dici intereſſe noſtra, cùm ex ſola affectione intereſt: cui affectioni tantùm jure tributum non eſt, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Poſtremum eſt, quod quantacumque pœna fuerit, tanta
3 debeatur & peti poſſit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali ſtipulatione non inſpici quod interſit, ſed quæ ſit quantitas & conditio ſtipulationis, hoc eſt, id ſolùm, quanta pecunia in ſtipulatum deducta ſit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne; quorſum, niſi ut ſi extiterit conditio, ea pecunia, quantacumque ſit, præſtetur? Igitur etſi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehenſum ſit ſtipulatione pœnali, quàm efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus ſtipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus conſtitutus eſt, ut ne excedant quadruplum, §. *omnes. 21. inf. de actionibus.* ita & conventionalibus: ſed has unuſquiſque voluntate ſua ſibi imponit, dum pro commodo ſtipulantis quid futurum eſſe paciſcitur, *fac. §. ultim. ſup. de verb. obl. l. ultim. de ſtipul. præt.* Non obſtat quod conſtitutum eſt, ne promiſſor ultra duplum periculum ſubeat, *l. unic. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* Quantumcumque enim eſt, quod in ſtipulatione pœnali promittitur, ſimplum tantùm eſt, non duplum, triplum &c. alterius rei, cùm ad id quod intereſt, aut alterum ſimplum non referatur. Donell. *lib. de eo quod int. circa fin.* & in *d. l. ſtipulatio. 38. §. al-*
4 *teri. 17. n. ult.* Cæterum hanc ſententiam Citramontani exiſtimant tunc ſolùm procedere, cùm pœnali ſtipulatione certa quantitas expreſſa eſt: ſecus autem eſt, ſi, ut loquuntur, pœna fuerit promiſſa per nomina multiplicativa, veluti, *Tabulam mihi pingere ſpondes? Si non pinxeris, triplum*, aut *quintuplum dare ſpondes?* Hìc volunt, pœnam reduci ad id, quod intereſt: quia manifeſtè ad priorem ſtipulationem ſit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. conſiderari poteſt, quàm ſimpli ejus, quod in priorem ſtipulationem deductum fuit: itaque non poſſe ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int.* aut certè non poſſe ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. ſi dictum. 56. de evict.*

Tunc committitur ſtipulatio] Id eſt, tunc committi poteſt, videlicet ſi non dederis. Nam committi tum demum ſtipulatio conditionalis dicitur, cùm conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta eſt, §. *ſub conditione. 4. ſup. de verb. obl.*

Textus.

Si interſit ejus, qui alii ſtipulatur.

19. *Sed & ſi quis ſtipuletur alii, cum ejus intereſſet, placuit ſtipulationem valere. Nam ſi is, qui pupilli tutelam adminiſtrare cœperit, ceſſerit adminiſtrationem contutori ſuo, & ſtipuletur rem pupilli ſalvam fore, quoniam intereſt ſtipulatoris fieri, quod ſtipulatus eſt, quum obligatus futurus ſit pupillo, ſi male res geſſerit, tenet obligatio. Ergo & ſi quis procuratori ſuo dari ſtipulatus ſit, habebit vires ſtipulatio. Et ſi creditori ſuo quis ſtipulatus ſit, quod ſua intereſt, ne forte vel pœna committatur, vel prædia diſtrahantur, quæ pignori data erant, valet ſtipulatio.*

Notæ.

19. *Cùm ejus intereſſet*] *d. l. 38. §. 20.* Ratio perſpicua, quia tum non tam alteri, quàm ſibimet ipſi ſtipulari videtur, *l. 118. §. ult. eod.* Ideoque & ſibi actionem acquirit, non ei, cujus in perſonam ſtipulatio collata.

Si male res geſſeris.] Alii, *ceſſerit*, ut & apud Ulp. *d. l. 38. §. 20.* unde hæc tranſcripta.

Obligatus futurus ſit pupillo] Nam qui tutelæ adminiſtrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l. 3. §. 2. de adm. tut.*

Procuratori ſuo] Quia procuratori dari poteſt intereſſe ſtipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo expoſuit.

Commentarius.

Cum ejus intereſſet.] Cum dicimus, eum qui alii dari ſtipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejuſmodi ſtipulatione neque ei, in quem collata eſt, obligationem ullam acquiri, neque acquiri ſtipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & caſus quoſdam, quibus ex ſtipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus perſonam ſtipulatio collata eſt, *in explicatione. §. 4. hoc tit.* Hic poſterioris partis exceptio proponitur, & tres caſus, ſive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dare ſtipulatus eſt, ſibi actionem acquirit: Exceptio hìc una & generalis eſt, niſi ſtipulantis interſit alteri dari, *l. ſtipulatio. 38. § ſi ſtipuler. 20. de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perſpicua & facilis eſt: quoniam cùm noſtra pecuniariter intereſt alteri dari, tum non tam alteri, quàm nobiſmetipſis ſtipulari videmur, *l. liber homo.* 118. §. *ult. eodem.*

Qui pupilli tutelam adminiſtrare] Exemplum primum. Qui tutelæ adminiſtrationem contutori ceſſit, rectè ab eo ſtipulatur, rem pupilli ſalvam fore, *d. l. ſtipulatio. 38. §. ſi ſti-*

pu-

puler. 20. ubi Marcellus ait, valere hanc ſtipulationem, obligationemque parere ſtipulatori, quia ſtipulatoris intereſt fieri, quod ſtipulatus eſt: quippe qui periculum & exitum illius adminiſtrationis præſtet. Etenim qui tutelæ adminiſtrarionem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, ſed pupillo, ſi male res geratur, obligatus manet, *l.* 3. §. 2. *de admin. tut.*

Si quis procuratori ſuo] Exemplum ſecundum. Si quis procuratori ſuo dari ſtipulatus eſt, valet ſtipulatio; ob eamdem ſcilicet cauſſam; quia procurarori dari poteſt intereſſe ſtipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo expoſuerat, quam actione mandati reſtituere tenebatur.

Si creditori ſuo] Exemplum tertium. Si quis creditori ſuo dari ſtipuletur, rectè ſtipulatur, cùm ejus inteiſit, puta ne vel pœna, ſub qua pecuniam certâ die debebat, committatur, vel bona diſtrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram diſtrahi poterant, *d. l. ſtipulatio.* 38. §. *unde.* 23. *d. l. liber homo.* 118. §. *ultim. eodem.* Sunt & aliæ perſonæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, vid. *ſup.* §. 4. *num.* 2. *eodem.* VINN. Alia hujus rei exempla, hanc doctrinam egregiè illuſtrantia exſtant in *d. l.* 38. §. 20. *ſequ. ff. de V. O.* HEIN.

TEXTUS.

De pœna adjecta promiſſioni facti alieni.

20. *Vice verſa qui alium facturum promiſit, videtur in ea eſſe cauſa, ut non teneatur, niſi pœnam ipſe promiſerit.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni ſtipulationem inutilem eſſe, & cur inutilis ſir, audivimus *ſup.* §. 3. *eod.* Cæterum etiam hìc remedium ſtipulanti in pœna paratum eſt, qua adjecta, ſi alius non dederit, feceritve, committitur ſtipulatio, ex qua promiſſor ſuo nomine rectè convenitur. Licet etiam hìc quanti ea res eſt ſtipulari, *l. ſtipulatio.* 38. §. 1. *&* 2. *de verb. obl.* Sunt qui promiſſorem factum alienum ſub pœna promitrentem excuſandum à pœna cenſent, ſi omnia humana expertus, ut is, de quo promiſit, faceret, nihil promoveat. Sed aſſentior iis, qui contra ſentiunt, *arg. l. ſancimus.* 26. *C. de fidejuſſ. d. l. ſtipulatio.* 38. §. 2. *& hujus text.* Quin ob hoc ipſum auxilio pœnæ uti leges ſuadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præſtandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere poruit, forre præſtitum non iri, *arg. l.* 7. §. 1. *qui ſatiſd. cog.* atque ob hanc ipſam difficultatem promiſiſſe videtur id, quod in poteſtate ſua habet, hoc eſt, pœnam. vid. Fach. 3. *contr.* 20. Diod. Tuld. *in comm. hic. cap.* 5.

TEXTUS.

De re ſtipulantis futura.

21. *Item nemo rem ſuam futuram, in eum caſum, quo ſua ſit, utiliter ſtipulatur.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum ſtipulatio ab initio non conſiſtit, ſi quis rem ſuam ſibi dari ſtipuletur, & ſtipulatio rei alienæ evaneſcit, ſi ea res antequam traderetur, ex alia cauſa jam facta ſit ſtipulatoris, §. 1. *ſup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis eſt ſtipulatio rei alienæ concepra in eum caſum, quo noſtra futura eſt: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non poſſumus, §. *ſic itaque.* 14. *inf. de act.* & translatitium eſt, actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret, *l.* 4. *C. de don. ante nup.*

TEXTUS.

De diſſenſu.

22. *Si de alia re ſtipulator ſenſerit, de alia promiſſor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non eſſet; veluti ſi hominem Stichum à te quis ſtipulatus fuerit, tu de Pamphilo ſenſeris, quem Stichum vocari credideris.*

NOTÆ.

22. *Tu de Pamphilo*] Hìc non ſimplex in nomine error eſt, ut putat Schol. Theoph. ſed etiam in re, quia nec de corpore conſtitit. Error verò in ſolo nomine, cùm de perſona aut re ipſa conſtat, de conſenſu nihil mutat, *l.* 32. *de verb obl.* §. 29. *ſup. de legat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando error conſenſui obſtet, aut non obſtet?*
2 *Quid, ſi non in ipſo corpore, ſed in materia rei erratum?*

SÆpe jam dictum eſt, ſine conſenſu utriuſque conrrahentium nullam obligationem ex contractu conſtitui, *l.* 1. §. 3. *de pact. l. in omnibus.* 55. *de obl. & act.* Conſenſum non eſſe, etiam error arguit. Quid enim conſenſui ram contrarium eſt, quàm error, qui imperitiam detegit? *l. ſi per errorem.* 15. *de juriſd. l.* 2. *de judic.* At enim non omnis error conſenſum non habet.
Error aut eſt in nomine proprio perſonæ reive, 1
de qua agitur; aut in perſona ipſa; aut in re promiſſa; aut denique in cauſa promitrendi. Primi generis, dum de perſona & re ipſa conſtet, de conſenſu nihil mutat, *l. ſi in nomine.* 32. *de verb. obl.* §. *ſiquidem.* 29. *ſup. de legat. l.* 4. *C. de teſtam.* In perſona autem qui errat, puta Titio ſtipulanti promittit, quem putet eſſe Sempronium, omnino non obliga ur, per *d. l.* 15. *de*

ju-

Digitized by Google

juriſd. & d. l. 2. de judic. fac. l. 9. pr. de hæred. inſt. Non enim ſimplex hìc in nomine error eſt, ſed etiam in re, quia nec de corpore conſtat. Tantumdem eſt, ſi erratum ſit in re promiſſa, cùm de alia ſtipulator, de alia promiſſor ſenſerit; perindeque hìc nulla contrahitur obligatio, ac ſi ad interrogatum reſponſum non ſit. *hoc text. l. inter.* 83.
2 *§. 1. l. continuus.* 137. *§. 1. de verb. obl.* Quid tamen ſi non in ipſo corpore error ſit, ſed in ſubſtantia rei, aut materia, verbi cauſa, ſi quod aurum putabatur, ſit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? Placet, hìc valere ſtipulationem, *l. ſi id.* 22. *eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. ſeq. l. 14. in fin. de contr. empt.* Nimirum ſtipulatoris, qui nihil viciſſim præſtat, conſenſum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non poteſt videri conſenſiſſe in pretio; cùm utique longè minoris æs, quàm aurum, acetum quàm vinum empturus fuiſſet. Planè ſi non in totum in materia erratum ſit, etiam emptionem valere placet, ut in ſpecie *d. l. 14. de contr. empt.* Quod ſi quis in cauſa promittendi erravit, cùm ſuo ipſius errore inductus putat ſe debere, quod non debet, & ſtipulanti promittit, hìc ſummo quidem jure obligatus erit, ſed ſi conveniatur, exceptione doli mali ſe defendere poteſt, *l. ſi quis. 36. de verb. obl.*

TEXTUS.

De turpi cauſa.

23. *Quod turpi ex cauſſa promiſſum eſt, veluti ſi quis homicidium, vel ſacrilegium ſe facturum promittat, non valet.*

COMMENTARIUS.

Stipulationes ex turpi cauſa interpoſitæ nullius momenti ſunt: veluti ſi quid homicidii vel ſacrilegii faciendi aut facti cauſa promittatur, *l. generaliter. 26. & l. ſeq. l. ſi flagitii. 123. de verb. obl.* Nec ea tantùm, quæ apertè flagitioſa ſunt, in ſtipulatione deduci non poſſunt: verùm etiam, quæ bonis moribus adverſantur, veluti ſi de futura ſucceſſione contrahitur, *l. ſtipulatio. 61. eod. l. ultim. C. de pact. l. 4. C. de inut. ſtip.* Quinimmo & ſi quis pecuniam promiſerit, ne furtum aut cœdem faceret, aut ſub conditione, ſi non fecerit, adhuc dicendum, ſtipulationem nullius eſſe momenti, cùm hoc ipſum flagitioſum ſit, pecuniam paciſci, quo flagitio abſtineas, *l. juriſgentium. 7. §. 3. de pact.* VINN. Nec magis valent quæ legibus civilibus duntaxat prohibentur, veluti ſtipulatio pœnæ, ſi quis uxorem hanc non duxerit. *l. 134. pr. ff. de V. O. l. 2. C. de inutil. ſtipulat.* ſtipulatio quotæ litis *l. 7. ff. mand. l. 53. ff. de pact.* Non autem valere dicuntur, quia ipſo jure inutiles ſunt, quod copioſè contra Cujacium probavit Donellus. HEIN.

TEXTUS.

De morte contrahentium.

24. *Cùm quis ſub aliqua conditione ſtipulatus fuerit, licet ante conditionem deceſſerit, poſtea exiſtente conditione hæres ejus agere poteſt. Idem eſt & ex promiſſoris parte.*

NOTÆ.

24. *Idem eſt & ex parte promiſſoris*] Ut ſi pendente conditione promiſſori quid humanitus contigerit, hæres promiſſoris exiſtente poſtea conditione conveniri poſſit, *l. 57. de verb. obl.* ſicut ex converſo ſtipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, *§. 4. ſup. d. t.*

COMMENTARIUS.

Hic locus à me expoſitus eſt ad *§. ſub conditione. 4. ſup. de verb. obl.*

TEXTUS.

Quando agi poteſt ex ſtipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc menſe dari ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari ſtipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.*

NOTÆ.

25. *Qui hoc anno*] Ex Pompon. *l. 42. eod. v. ſup. §. 2. eod.*

Non poteris continuo agere] Hoc non ad jus petendi, *d. §. 2.* ſed ad ejus, quod petitur, præſtationem & executionem obligationis referendum eſt: quia incivile, ſtatim cum ſacco venire creditorem, *l. 105. de ſolut.*

COMMENTARIUS.

Duo hìc docemur. Primum eſt, quod obligatione in diem conſtituta, ante agi non poſſit, quàm totus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei, qui purè quid ſtipulanti promiſit, dandum ſit aliquod ſpatium, intra quod rem tradere & ſolutionem expedire poſſit. De utroque dixi ad *§. 2. ſup. de verb. obl. l. 42. eod.*

Te-

Digitized by Google

Titulus Vigesimus primus.

DE FIDEJUSSORIBUS.

Dig. Lib. 46. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 41. Nov. 4.

Continuatio, & argumentum tituli.

Obligatur quiſque aut proprio nomine, ſive principaliter, aut nomine alieno, ſive acceſſoriè, dum ſcilicet pro alieno debito ſe ita obſtringit, ut ei accedat, manente principali obligato. Eorum, qui ſic obligantur, tres ſunt ſpecies, mandatores, pecuniæ conſtitutæ rei, fidejuſſores. Mandator eſt; cujus mandatu quis pecuniam credit certæ perſonæ, §. *tua tantum. 6. inf. de mand.* Pecuniæ conſtitutæ reus, qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, § *de conſtituta 9. infr. de action.* Fidejuſſor, qui quod alius debet, fide ſua eſſe jubet, interpoſita ſtipulatione. Conjunguntur hi tres in *l. ult. C. de conſt. pecun. & Nov. 43.* atque in pleriſque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejuſſoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo ſubjicitur, quia fidejuſſores citra verba & ſtipulationem non conſtituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. Blanditus. 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejuſſoriæ finis, deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejuſſor adhiberi poſſit, & porro permiſtè, quatenus obligetur, quaque forma conſtituatur.

Textus.

Cur accipiuntur.

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari, qui fidejuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, ut diligentius ſibi cautum ſit.

Notæ.

Solent alii obligari.] Acceſſoriè videl. ſeu reo principali manente obligato: qualis eſt is, cujus mandatu pecunia creditur certæ perſonæ, §. 6. *inf. de mand.* item qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, §. 9. *inf. de act.* & maximè qui, quod alius debet, fide ſua eſſe jubet interpoſita ſtipulatione, de quibus ſolis hìc agitur: conjungatur *l. ult. C. de conſt. pec.*

Commentarius.

1 *Fidejuſſoris obligationem eſſe acceſſionem principalis.*
2 *Fidejuſſor idem qui & adpromiſſor, expromiſſor alius.*
3 *Sponſores, prædes, vades.*

Pro eo, qui promittit, ſolent alii obligari] Intellige eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromiſſor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in ſe transfert: qui tamen fidejuſſor non eſt, ut mox probabitur. Et 1
igitur cùm fidejuſſor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejuſſoris eſſe acceſſionem quamdam alterius obligationis. Unde eſt, quod noſtri ſic paſſim loquuntur, ut dicant, fidejuſſorem accedere. Quod autem Juſtinianus ait, *pro eo, qui promittit*, exempli cauſa dictum eſt: nam conſtat, fidejuſſores omni obligationi accedere poſſe.

Qui fidejuſſores appellantur] A juſſione & fide, 2
ut apparet ex formulis, quas paſſim legimus. Dicuntur & adpromiſſores, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. in omnibus. 43. de ſolut. l. ſi verò. 64. §. 4. ſolut. matr.* quia ſcilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromiſſores autem qui dicuntur, fidejuſſores non ſunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt; ſed expromiſſione fit novatio. Nam expromittere & expromiſſor in uſu juris is dicitur, qui alienam obligationem in ſe ſuſcipit, liberato reo, aut eo nomine non obligato, cùm tamen obligari deberet, *l. 7. §. ſervus pactionis. 8. de dol. mal. l. qui libertinus. 37. in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8 §. ſi convenerit. 8. ad ſen. Vell. l. ult. de ſenat. Maced.* unde & à fidejuſſore paſſim diſtinguitur, *l. ut res. 53. de contr. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib.* & interdum ſimpliciter reus nominatur, quia ſolus obligatur quaſi reus principalis, *d. l. 7. §. ſervus. 8. de dol. mal. d. l. 64. §. 4. ſolut. matr.* Veteres, 3
quos noſtri fidejuſſores poſtea dixerunt, appellabant *ſponſores*. Cicero *ad Attic. lib. 1. Ep. 8. Tulliola, noſtræ deliciolæ, ſuum munus flagitat, & me ſponſorem appellat.* Et alibi, *Famil. lib. 6. Ep. 18. De negotio tuo, quod ſponſor es pro Pompeio, ſi Galba conſponſor tuus redierit*, &c. Species ſponſorum ſunt, qui dicebantur, *prædes*, & item, qui *vades*. Prædes dicti, teſte Aſcon. Pædiano *Verr. 3. ſatiſdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis eſt.* Et Feſtus: *Præs*, inquit, *eſt is, qui populo ſe obligat, interrogatuſque à magiſtratu, an præs ſit, ille reſpondet, Præs.* In quem locum Joſephus Scaliger ſic ſcribit: *Feſtus ait, prædem dictum eſſe, quod interrogatus à populo ſi præs eſſet, reſpondebat, Præs, ſupple, ſum. Præſeſſe antiquitus ſignificat præſentem eſſe, παρεῖναι. Unde ſupereſt participium Præſens. Quam notationem confirmat Auſonius, qui in ludicro dramate ſeptem Sapientum de Thalete loquens, ſic ait, Spondere qui nos*

Digitized by Google

noxa quia præſtiſt, vetat. Idem Scaliger apud Varronem 5. *de ling.* ſic legendum exiſtimat: *Itaque præs qui à magiſtratu interrogatus in publicum an præſeſt: à quo, & cum reſpondet, dicitur præs.* Vades autem dicti ſunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id eſt, ſponſores judicio aliquem ſiſtendi. Et ſi fides Auſonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in cauſis civilibus. Sic enim ille in *monoſyllab. Idyll.* 12.

Quis ſubit in pœnam capitali judicio? Vas.
Quid ſi lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs.

Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat etiam in re pecuniaria, vadem appellatum conſtat. Vid. Hering. *de fidejuſſ. cap.* 3. *n.* 43. *& vai vai* clariſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 16.

Ut diligentius ſibi cautum ſit] Fidejuſſores & pignora ſponſionum fideique ſunt vincula & firmamenta, *l.* 9. *in fin. de ſup. leg.* Senec. *de benef.* 7. 14.

Textus.

In quibus obligationibus.

1. *In omnibus autem obligationibus adſumi poſſunt, id eſt, ſive re, ſive verbis, ſive litteris, ſive conſenſu contracta fuerint. Ac nec illud quidem intereſt, utrum civilis an naturalis ſit obligatio, cui adjicitur fidejuſſor: adeo quidem, ut pro ſervo quoque obligetur, ſive extraneus ſit, qui fidejuſſorem a ſervo accipiat, ſive ipſe dominus in id, quod ſibi naturaliter debetur.*

Notæ.

1. *In omnibus obligationibus*] *l.* 1. *l.* 2. *l.* 8. §. 1. *l.* 10. §. 3. *h. t.* etiamſi obligario ex delicto oriatur, *d. l.* 8. §. 5. *l.* 56. §. *ult. l.* 70. §. *ult. eod.* utique ſi agatur civiliter: nam ſi criminaliter agatur ad coercitionem corporalem, fidejuſſio inutilis eſt, arg. *l.* 13. *ad leg Aq. l.* 22. *C. de pœn.* Textus autem in *l.* 1. cum *ſeqq. de cuſt. reor.* accipiendi de fidejuſſoribus, qui caveant de reo ſiſtendo, non qui pœnam ſuſcipiant delicti.

An naturalis] *l.* 6. *in fin. l.* 7. *l.* 16. §. 3. *h. t.* ut arctius hoc caſu aſtringatur fidejuſſor, quàm reus, add. Theoph.

Commentarius.

1 *Fidejuſſorem pro omni obligatione ex contractu rectè intervenire, excepta cauſa dotis.*
2 *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*
3 *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejuſſor?*
4 *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur?*
5 *Quid ſi obligatio ſit merè civilis?*

Objectum fidejuſſionis ſeu materia, circa quam. Cùm fidejuſſoris obligatio ſit acceſſio alterius obligationis, neceſſe eſt ſtatui aliquam obligationem, cui fidejuſſoria accedat, alioqui & hæc non tenebit, *l.* 6 *in fin. l. fidejuſſor.* 16. *l. ſi ſub.* 29. *l. ſi quis.* 37. *& paſſ. hoc tit. l.* 6. *de verb obl.* unde quoque eſt, quod is, qui ſolutionis gratia adjectus eſt, fidejuſſorem accipere non poteſt, ſcilicet quia reum principalem obligatum non habet, *l. ſi mihi.* 23. *eod.* Cæterum dum aliqua ſit obligatio, non in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuſcumque ea generis ſit, tenet fidejuſſio, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. §. 1. *& ſeqq. l.* 16. §. 3. *eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione ſingularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quaſi ex contractu naſcuntur, fidejuſſorem 1
rectè accipi, nemini dubium eſſe poteſt; quippe cùm ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æſtimabilis. Una tantùm ſpecies hìc excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem ſoluto matrimonio uxori reſtituendam: pro qua obligatione fidejuſſorem exigi aut accipi conſtitutiones vetant, ne cauſa perfidiæ in conjugio generetur, *l.* 1. *&* 2. *C. ne fidej. dot. dent. l.* 1. *C. Theod. de fidej. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejuſſorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendanr. vid. Fachin. 8. *contr.* 76. Gail. 2. *obſ.* 84. Ant. Fab. *C. ſuo, d. tit. defin.* 1. Ant. Merend. 6. *contr.* 13. Chriſtin. *vol* 3. *deciſ.* 141. Vinn. Nolim tamen ego his auctoribus adſentiri, quum non modo rubtica tituli *C. ne fidejuſſ. dot. dent.* prohibirionem involvat, verùm etiam *l. un. C. Th. de fidej. dot.* ex qua *l.* 1. *C. Juſtin. eod.* deſumpta eſt, disertè *omnium ſponſorum vel fideiuſſorum in cavenda dotis ſponſione promiſſiones deinceps abſolvas*. Accedit quod ratio hanc fidejuſſionem prohibendi æquè in maritum ultro fidejuſſores dantem cadat, ac in eos, qui inviti dederint. Eadem enim abſurditas, eadem turpitudo, idem fidei ac amoris conjugalis contemptus hìc verſatur, ut rectè monuit Harprecht. *ad h.* §. *n.* 11. Poteſt tamen pignus à marito pro dote dari, *l.* 7. §. 6. *ff. de don. int. vir. & ux.* quia hìc alienam fidem uxor non ſequitur, ſed mariti. Poteſt & fidejuſſor accipi pro dote ab uxore promiſſa, ab alio expromiſſa *l.* 55. *ff. de jure dot.* Poteſt denique ſatiſdatio exigi de ſolutione doris poſt certum tempus *l.* 24. §. 2. *ff. ſol. matr.* Quemadmodum enim illo caſu maritus non uxoris ſed tertii fidem in dubium vocat; ita hoc non de conſtánte, ſed de ſoluto matrimonio agitur. Hein. Sed etſi ex delicto oria- 2
tur actio, nihilominus fidejuſſor interveniens obligatur, *l.* 8. §. *ſed &* 5. *l. ſi quis.* 56. §. *ult. l. ſi à reo.* 70. §. *ult. hoc tit.* utique ſi ex hoc civiliter agatur, & ad pœnam perſequamur: nam ſi agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis eſt fidejuſſio: quoniam jus pœnæ nemo ſuccedaneus eſt, cujus nulla poteſt fieri reparatio, & ubi quod quis ſolvit aut ſuſtinuit, nulla actione repeti, aut in priorem ſtatum

repo-

reponi poteſt. Nimirum æquum omnino eſt, fidejuſſori ejus, quod pro reo ſolvit, recuperandi cauſa actionem mandati dari, ne cui officium ſuum ſit damnoſum; at pœnæ corporalis nulla eſt reſtitutio: & quid proderit fidejuſſori, reum eamdem pœnam poſtea ſubire? Poſtremo nemo contrahendo ſe ad pœnam corporalem obligare poteſt: quoniam membrorum ſuorum nemo dominus videtur, *l. 13. ad leg. Aquil.* neque juſtitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujuſmodi
3 ſuſtinere, *l. ſancimus. 22. C. de pœn.* Alia verò quæſtio eſt, utrum reus criminis non uſque adeo atrocis, qui nondum convictus eſt, neque ſatis evidentibus indiciis urgetur, perſona alias honeſta, in carcerem protinus conjiciendus ſit, ut ex vinculis cauſam dicat, an fidejuſſores hìc recipi poſſint, non qui pœnam delicti ſuſcipiant, ſed qui caveant de reo ſiſtendo, ut is moleſtiam carceris interim effugiat? Placet autem, hoc caſu rem fidejuſſoribus committi poſſe, qui ſi reum non ſtiterint, certa pecunia mulctentur, quanta ſcilicet vel cautione vel decreto magiſtratus comprehenſa eſt, aut ex conſuetudine inferri ſolet: alioqui magiſtratus arbitrabitur. Quod ſi dolo fidejuſſorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadverſione extra ordinem coerceri poſſunt. In quam ſententiam ſunt textus in *l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de cuſtod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. l. 12. C. de appell.* Porro non tantùm obligationi civili, ſed etiam
4 naturali fidejuſſor adhiberi poteſt, *hoc text. l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit.* licet hoc caſu arctius & fortius adſtringatur fidejuſſor, quàm reus principalis. Cæterum hoc ita, ſi naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam ſi ex earum genere ſit, quæ juris civilis auxilio penitus deſtituuntur, nec fidejuſſor in eam accipi poteſt: veluti ſi pro eo, quod prodigus promiſit, fidejuſſor intervenerit, *l. 6. de verb. obl.* Neque obſtat, quod Marcellus ſcribit, eum, qui pro prodigo fidejuſſit, obligari, *l. 25. hoc tit.* Obligatur enim ſuo nomine dumtaxat, non alieno: non ut fidejuſſor, qui accedat obligationi principali, quæ hìc nulla eſt, ſed ut principalis reus, & ratione ſuæ ſolius promiſſionis, quippe qui idem promittens quod furioſus aut prodigus, in quorum perſona ſciebat obligationem non conſiſtere, donare voluiſſe videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in propoſito utens reſpexit tantùm ad nudum fidejubendi actum, & promiſſionem, quæ de facto præceſſit, licet citra ullum juris effectum, *d. l. 6. de verb. obl.* Ita ferme & Accurſ. Bart. & DD. vulgo, quamquam alii aliter. Don. ad *d. l. 6. in fin.* Rævard. *2. var. 9.* Robert. *2. recept. lect. ult.* Cont. *2. lect.* 3. Lyclam *6. memb.* 8. Quid ſi obligatio ſit merè civilis?
5 Exiſtimo, hoc genus obligationis, ut improbatum jure prætorio, & ſine re atque effectu inutile, *l. nihil intereſt. 112. de reg. jur.* huc non pertinere. Etſi enim ſummo jure ex nuda civili obligatione agi poteſt, tamen cùm & actio inſtituta oppoſita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque ſolutum per errorem retineri, neque conſtitui, neque compenſari poſſit, *l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 3. §. 1. de pecun. conſt. l. 14. de compenſ.* fruſtra pro eo fidejuſſor intervenire videtur, *fac. l. ſi quis. 37. hoc tit.* aut certè ſi fidejuſſio ſummo jure teneat, is qui fidem ſuam interpoſuit, conventus èadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit, per *l. 7. §. 1. de except.* Bart. *in l. 1. num. 3. hoc tit. poſt Gloſſ. hìc.*

Sive litteris] Non adverſatur quod modo diximus, pro obligatione merè civili fidejuſſorem inutiliter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro merè civili habenda non eſt, ſed pro mixta ſeu civili & naturali ſimul. Quippe mixta obligatio duorum generum eſt, una verè talis, altera præſumptivè: qualis eſt obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præſtiti: atque hujus generis etiam ea eſt, quæ litterarum dicitur. Nam ſi quis chirographo ſuo confeſſus eſt, ſe pecuniam mutuam accepiſſe, ea confeſſio poſt ſilentium biennii auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confeſſus eſt, ex eo tempore tenetur, ac ſi revera ei pecunia numerata ſit. De quo uberius *tit. ſeq.*

Utrum civilis] Non civilis nuda, ſed mixta, quæ actionem efficacem producit, quæ in uſu juris civilis & abſolutè quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum *l. 16. §. 3. hoc tit.*

Pro ſervo quoque obligetur] Servi ex contractibus naturaliter tantùm obligantur, *l. 14. de obl. & act.* Ac ita obligantur non modo extraneis, ſed etiam domino, ut hoc loco docet Juſtinianus; poteſtque dominus in id, quod ſibi naturaliter debetur, fidejuſſorem à ſervo accipere, *l. ſi à reo. 70. §. 3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus ſervo naturaliter debet, fidejuſſor acceptus non teneatur, *l. ſi quis. 56. §. 1. eod.* ſpeciali ſcilicet ratione, quam indicavi *tit. præced. §. item inutilis. 6.*

TEXTUS.

De hærede.

2. *Fidejuſſor non tantùm ipſe obligatur, ſed etiam hæredem relinquit obligatum.*

COMMENTARIUS.

SAtis notum eſt, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, *§. 1. inf. de perp. & tem. act. l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act.* idque etiamſi nulla in contrahendo hæredum facta ſit mentio, *l. 13. C. de contr. ſtip.* Talis autem eſt obligatio, qua tenetur fidejuſſor; ac proinde non ipſe tantùm obligatur, ſed etiam hæredem obligatum relinquit, *l. 4. §. 1. hoc tit. l. fidejuſſoris. 24. C. eod.* Quod ſi principalis obligatio ex delicto deſcendat, tenebitur quidem hìc etiam hæres fidejuſſoris, ſed tam diu, quàm vivit & tenetur is, qui deliquit: eo verò mortuo, ut fidejuſſor ipſe, ita etiam hæres ejus liberatur,

ratur, niſi forte ante rei mortem lis conteſtata fuerit, *d.§.1.inf.de perp.& tem.act.l.omnes.26.l.ſciendum.58.de obl.& act.l.pænalia.164.de reg.jur.l.10.§.2.& ibi* Coſtal.*ſi quis caut.jud.ſiſt.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris tranſit, toties etiam fidejuſſoria tranſit in hæredes fidejuſſoris: at principali ſublata evaneſcit & fidejuſſoria. Vinn. Aliquando fidejuſſio in hærede fit obligatio principalis, quæ in defuncto acceſſoria tantùm fuerat, ſi nimirum fidejuſſor minori, pro quo fidejuſſerat, hæres fiat. De quo caſu intelligenda videtur *l.95.§.3.de ſolut.* ut non opus ſit ibi emendatione Cujacii, pro *principalis* legentis *perſonalis*. Conf. Viri ampliſſimi Zach.Hub. *Diſſ.de Chirogr. Paulli, cap.1.§.6.p.67.* Hein.

Textus.

Si fidejuſſor præcedat, vel ſequatur obligationem.

3. *Fidejuſſor & præcedere obligationem & ſequi poteſt.*

Commentarius.

Et præcedere*] Etiam futuræ obligationis fidejuſſor accipi poteſt, *l.6.§.ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejuſſoris obligatio tum demum vires capiat, cùm & principalis obligatio, cujus illa acceſſio eſt, conſtituta eſt. Interim verò in pendenti eſſe obligationem fidejuſſoris, ſciendum eſt, *l. non quemadmodum. 35. de judic.* Neque fidejuſſorem ante conveniri poſſe, quàm reus debeat, *l. fidejuſſor. 57. hoc tit.*

Et ſequi poteſt.] In quo differt fidejuſſor à mandatore. Nam qui poſt creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, niſi ſimul ſuo periculo debitori inducias petat ſolutionis, *l.12.§.ſi poſt. 14. mand.* Item à pecuniæ conſtitutæ reo, qui non ſequitur, *l.1.§.1.de pec.conſtit.*

Textus.

De pluribus fidejuſſoribus.

4. *Si plures ſint fidejuſſores, quotquot erunt numero, ſinguli in ſolidum tenentur. Itaque liberum eſt creditori, à quo velit, ſolidum petere. Sed ex epiſtola divi Hadriani compellitur creditor a ſingulis, qui modo ſolvendo ſunt litis conteſtata tempore, partes petere. Ideoque ſi quis ex fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, hoc cæteros onerat. Sed ſi ab uno fidejuſſore creditor totum conſequutum fuerit, hujus ſolius detrimentum erit, ſi is, pro quo fidejuſſit, ſolvendo non ſit: & ſibi imputare debet, cùm potuerit juvari ex epiſtola divi Hadriani, & deſiderare, ut pro parte in ſe detur actio.*

Vinnius in Inſtitut.

Notæ.

4. *Ex epiſtola D.Hadriani*] *l.26.eod.* Beneficium hoc vulgo diviſionis appellatur. Et cæteris quoque acceſſionibus datum eſt, *l. ult. C. de pec. conſt.*

Hujus ſolius detrimentum] Poterit quidem quod ſolvit, repetere à debitore actione mandati, ſed à creditore partem repetere non poteſt: nec adverſus confidejuſſores ullam actionem habet, extra quam ſi tunc cùm ſolvit, actiones ſibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege ſolverit, ut poſtea crederentur, *l.17.l.36.l.39.eod.l.2.l.11.l.14.C.eod.*

Commentarius.

1 *Circa obligationem plurium fidejuſſorum nihil mutatum Nov.99.*
2 *Beneficium diviſionis quale ſit, & quibus competat? Et num.6.*
3 *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat? & alia remiſſivè.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejuſſores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejuſſorum non dividi ipſo jure, ſed ope exceptionis; & quid inter hæc interſit?*
7 *Conditiones, ſub quibus beneficium diviſionis conceditur.*
8 *Quando opponi debeat exceptio diviſionis, quando ordinis?*
9 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum?*
10 *Renunciatione ſuperiora beneficia amitti.*

Plures fidejuſſores ejuſdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, ſinguli in ſolidum tenentur, ſive id nominatim convenerit, ſive non convenerit, 1 *l.3.C. hoc tit.* Neque hoc jus mutatum eſt *Nov. de reis promittendi. 99.* unde *auth. hoc ita. C. de duob. reis.* Rectè enim vulgo recepta hæc ſententia eſt, eam conſtitutionem, quæ de duobus reis eſt, ad fidejuſsores non pertinere. Nam cùm plures rei promittendi ejuſdem pecuniæ accipiuntur, dubitari poteſt, qua mente id fiat, utrum ſicut ſolidum verbis, ita re quoque promiſiſse videantur; an obligationem pro numero perſonarum dividi exiſtimaverint: cujus dubitationis cauſam ſuſtulit Juſtinianus cavens ne plures promittendi ejuſdem pecuniæ aliter in ſolidum ſinguli obligentur, quàm ſi nominatim id actum ſit. At plurium fidejuſsorum obligatio nullam talem dubitationem habet: quippe cùm horum ſinguli promittant id quod reus habet, & quantum debet. Debet autem ſolidum. Tenentur ergo plures fidejuſsores ſinguli in ſolidum, & in ſolidum ſinguli conveniri poſsunt. Cæterum hoc beneficium epiſtola 2 Hadriani Imperatoris illis tributum eſt, ut ſi quo tempore lis cum aliquo eorum conteſtatur, omnes ſolvendo ſint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, *l. ſi plures.26 hoc tit.l.3.C.eod.* Eſtque hoc beneficium, quod vulgo *diviſionis*

Digitized by Google

appellatur; competitque non fidejuſſoribus tantùm, ſed cæteris quoque acceſſionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita eſt, aut qui pro alio idem ſe ſoluturos conſti-
3 tuerunt, *l. ult. C. de pec. conſt.* Vim beneficii mox latius explicabimus. Noviſſimè & aliud beneficium fidejuſſoribus tributum conſtitutione Juſtiniani *Nov. 4. cap. 1.* unde *auth. præſente. C. hoc tit.* quod tale eſt, ut ſive unus ſive plures ſint fidejuſſores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quàm ad fidejuſſores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi poſſit, quàm ſi ſuum creditor à debitore conſequi nequeat. Id autem accidit duobus caſibus, ſi vel abſit reus, vel non ſit ſolvendo. Cæterum placet nihilominus priore caſu fidejuſſori poſtulanti ſpatium temporis à judice dari, intra quod reum abſentem evocet: eo verò ſpatio elapſo, ſi non venerit reus, lis contra fidejuſſorem peragitur. Poſteriore caſu ſi reus præſens ſit, aut evocatus venerit, tum ſi is ſolvendo non erit, quatenus ſolvendo non eſt fidejuſſor rectè convenitur. Verùm cùm de eo prius conſtare debeat, reus ipſe primum conveniendus & condemnandus eſt; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda ſunt. Hæc Juſtinian. *d. Nov. 4. cap. 1.* Quod ſi debitor notoriè non ſit ſolvendo, excuſſio non eſt neceſſaria, ſecundum Mynſ. *cent. 2. obſ. 15.* Gail. 2. *obſ. 27. n. 14.* Menoch. *conſil. 662 n. 20.* Vaſq. *illuſt. quæſt. p. 1. lib. 1. c. 40. n. 2.* ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis cauſa, ut ſuperius, fidejuſſoribus, item reliquis acceſſionibus datum, contra conditionem obligationis juriſque veteris conſtitutionem, quo jure liberum fuiſſe creditori conſtat, omiſſo principali reo fidejuſſorem convenire, *l. 3. l. 5. C. hoc tit.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excuſſionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excuſſionis, quia bona rei excutiuntur, ut ſciatur, an ſolvendo ſit, nec ne. An huic beneficio locus ſit in foro mercatorio, vid. Fachin. 8. *cont. 53.* Ant. Fab *C. ſuo, hoc tit. defin. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando cenſuit, non eſſe, *deciſ. 13.* An ei competat, qui fidejubendo ſimul ſe debitorem principalem conſtituit, Gail.
4 *d. lib. 2. obſ. 28.* Schneid. *ad hunc §. n. 11.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 214. num. 46.* Illud conſtat, fidejuſſores judicio ſiſti, & judicatum ſolvi exceptionem ordinis non habere; quippe hujuſmodi ſtipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum ſit, *l. 1. de ſtip. præt.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus. 52. de verb. obl.* Ant. Fab. *C. ſuo, defin. 5. hoc tit.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 145. n. 7. & vol. 4. deciſ. 179. n. 25.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantùm obligato intervenit, hoc beneficio uti poterit. Gail. *d. obſ. 27. n. 20.* Conſule porro de beneficio ordinis DD. *in auth. præſente. C. hoc tit.* Gomez. 2. *reſol. 13. n. 14.* Gail. 2. *obſ. 27. & ſeq.* Hering. *de fidejuſſ. c. 27. part. 1.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 2. n. 14.*

Compellitur creditor à ſingulis] Etiamſi in fidejuſſoribus accipiendis convenerit, ut ſinguli in ſolidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & conſtitutionem non mutat, poſtquam jure hoc fiat, ut inter fidejuſſores actio dividatur, *l. 3. in fin. C. hoc tit.* ſecundum quod Pariſiis judicatum refert Papon. *lib. 10. tit. 4. arreſt. 23.* Cæterum in hac diviſione hoc primum 5
notandum eſt, dividi obligationem inter plures fidejuſſores non ipſo jure, ſed per exceptionem duntaxat, *l. inter. 26. eod.* inter quæ multum intereſt. Nam ſi ipſo jure obligatio diviſa eſſet, id eſt, ſi ſinguli partes tantùm viriles ipſo jure deberent, in ſolidum nemo eorum conveniri poſſet, quantumvis forte aliqui non eſſent idonei. Quin etſi quis ſolidum ſolviſſet, partem condicere, tanquam plus debito ſolutum, non prohiberetur: quod utrumque ſecus ſe habere, oſtendit hic locus & *d. l. inter. 26. l. ſi teſtamento. 49. §. 1. in fin. eod.*
Deinde non aliter pluribus fidejuſſoribus auxi- 6
lium diviſionis indulgeri, quàm ſi confidejuſſores ſint, id eſt, ſi ut ejuſdem ſummæ, ita ejuſdem quoque debitoris ſint fidejuſſores: inter plures diverſorum debitorum, licet ejuſdem ſummæ, fidejuſſores actionem non dividi, *l. ſi à Titio. 43. l. ſi plures. 27. §. ult. eod.* Poſtremo hoc beneficium pluribus fidejuſſoribus eorum creditorum tantùm dari, qui ipſi conventione ſua plures fidejuſſores acceperunt: pluribus fidejuſſoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. rem pup. ſalv. for.* ubi & ratio additur.

Solvendo ſunt litis conteſtatæ tempore] Duæ ſunt 7
conditiones, ſub quibus beneficium diviſionis fidejuſſoribus datur. Una eſt, ſi fidejuſſores non negent, ſe fidejuſſores eſſe. Inficiantibus auxilium diviſionis dari non placuit, *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus hìc fit mentio, eſt, ſi omnes fidejuſſores idonei, hoc eſt, ſolvendo ſint, quo tempore lis conteſtatur, *hoc text. l. inter. 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re ſpectari tempus litis conteſtatæ, id eo pertinet, primum ut ſciamus, ſi quis è fidejuſſoribus eo tempore ſolvendo non ſit, licet antea ſolvendo fuerit, id cæteris, qui ſolvendo ſunt, non prodeſſe, ſed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde ſi omnes proponantur tempore litis conteſtatæ ſolvendo fuiſſe, & poſtea aliqui minus idonei eſſe cœperint, quamvis ante ſententiam, eam rem ad onus ejus qui ſolvendo eſt, non pertinere, *d. l. inter. 51. §. pen.* Illud hìc quæſitum eſt, quando exceptio diviſionis opponenda ſit, poſtulandumque, ut actio dividatur. Sed expreſſè reſcriptum ab Alexandro eſt, id poſtulari ſolere ante condemnationem, *l. 10. §. 1. C. hoc tit.* Quo loco manifeſtè & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem poſſe objici poſt litem conteſtatam, & qui ajunt, opponi poſſe etiam poſt ſententiam, vid. Salic. *in d. l. 10 §. 1. n. 5.* Sichard. *n. 10. & ſeqq.* Don. *n. 2. & ſeqq.* Ordinis verò & excuſſionis exceptio, cùm ſit dilatoria, ante litem conteſtatam opponenda eſt, vid. Ant. Fabr. *C. ſuo hoc tit. defin. 38.* Fachin. 8. *contr. 52.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 14. & ibi citat.* Diſſentit tamen Gail. 2. *obſ. 27. num. 3.* 8
contendens, opponi eam poſſe uſque ad concluſio-

ſio-

Digitized by Google

ſionem in cauſa; quamquam fateatur, omiſſam ex officio à judice ſuppleri non poſſe, add. D. Jo. à Sande *lib. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 2.*

Si ab uno fidejuſſore creditor totum, &c.] Si unus ex pluribus fidejuſſoribus omiſſa exceptione beneficii diviſionis ſolidum ſolverit, is quidem à debitore, quod ſolvit, actione mandati repetere poteſt, §. *ſi quis. 6. inf. eod.* Cæterum ſi debitor ſolvendo non ſit, ſibi imputet, quod beneficio uſus non ſit: neque enim vel à creditore partem repetere poteſt, quia ſolidum ipſo jure debuit, & humanitatem beneficii contempſit: neque ullam actionem habet adverſus confidejuſſores: denique nec pignora perſequi poteſt, quæ creditori obligata erant, *l. ut fidejuſſor. 39. hoc tit. l. 11. C.*
9 *eod.* Planè poteſt fidejuſſor conventus deſiderare, ut à creditore ſibi cedantur actiones adverſus confidejuſſores & poſſeſſores pignorum: ſed tunc cùm ſolvit, aut ſi ea lege ſolverit, ut ſibi poſtea cedantur. Semel autem pecunia ſoluta, ſi in ſolvendo de cedendis actionibus nihil cautum ſit, agere, ut cedantur, non poteſt, *l. fidejuſſoribus. 17. l. cum is. 36. l. ut fidejuſſor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. l. mandati. 14. C. eod. l. Modeſtinus. 76. de ſolut.* Quamquam ſunt, qui & poſt ſolutionem ceſſionem rectè fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. Sande *de act. ceſſ. c. 7. n. 11. & ſeq* Groenevv. *de ll. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.* Diſſimilis eſt cauſa mandatoris, quem etiam poſtquam ſolvit, placet, agere poſſe adverſus creditorem, ut ſibi actiones ſuas cedat adverſus debitorem & cæteros ejuſdem obligationis reos, *l. Papin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adverſus creditorem, fidejuſſor non habet. Quod autem tutori, qui ſolvit, adverſus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id ſingulariter in tutoribus conſtitutum eſt favore pupillorum, *l. 1. §. & ſi forte. 13. de tut. & rat. diſtr.* ac proinde non eſt producendum ad conſequentiam. Enim verò exceptio cedendarum actionum etiam poſtquam unus ex fidejuſſoribus in ſolidum condemnatus eſt, ab eo opponi poteſt, *l. ſi fidejuſſores. 41. § 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat ſententiam, neque minuit jus victoris. Sichard. *ad l. 10. C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud Chriſtin. *vol 4. deciſ. 179 n. 10. & ſeqq vol. 5.*
10 *deciſ. 214. n. 51. & ſeq.* Illud poſtremo ſciendum eſt, hæc fidejuſſorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa eſſe, niſi his fidejuſſores expreſsè renunciaverint; renunciando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro ſe introducto renunciare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio conſultorum creditorum uſitata notariis in inſtrumentis fidejuſſionis, ut qui fidejuſſores accipiuntur, renuncient beneficiis ordinis, excuſſionis, & diviſionis, quo liberum ſit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

Textus.

In quam ſummam obligatur fidejuſſor.

5. *Fidejuſſores ita obligari non poſſunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio acceſſio eſt principalis obligationis: nec plus in acceſſione poteſt eſſe, quàm in principali re. At ex diverſo, ut minus debeant, obligari poſſunt. Itaque ſi reus decem aureos promiſerit, fidejuſſor in quinque rectè obligatur: contra verò obligari non poteſt. Item ſi ille pure promiſerit, fidejuſſor ſub conditione promittere poteſt: contra vero non poteſt. Non ſolum autem in quantitate, ſed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim eſt, ſtatim aliquid dare: minus eſt, poſt tempus dare.*

Notæ.

Ut minus debeant, obligari poſſunt] Vel in minorem ſummam, quàm quæ debetur à reo principali, vel alias in cauſam leviorem, *d. l. 8. §. 7. & ſeqq. l. 34. h. t. cum ſimil.*

Commentarius.

1 *Fidejuſſorem arctius, quàm reum principalem obligari poſſe: durius non poſſe.*
2 *Acceptum in majorem quantitatem, quàm quæ debetur, ne in debitam quidem obligari.*
3 *Tranſpoſitione Haloandri in* l. 8 §. illud. 7. hoc tit. *everti ſententiam Ulpiani, falſamque effici ejus definitionem.*
4 *Explicatur* l. rogatus. 33. mandat.
5 *Conſtituti & fidejuſſionis quàm diſſimilis ſit ratio?*
6 *Removetur obſtaculum ex* l. 1. §. ſtipulanti. 4. de verb. obl.
7 *Media Bachovii ſententia non improbabilis, & quid hodie ad quæſtionem propoſitam reſpondendum.*

Cum fidejuſſores accipiantur firmandæ principalis obligationis cauſa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo conſtringantur, quàm reus principalis, veluti per inſtrumentum garantigiatum ſeu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cùm reus obligatus eſt ſimpliciter, Jo. Fab. *hic*. Gomez. 2. *reſol.* 13. *num.* 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantùm obligatus eſt, fidejuſſorem rectè intervenire placet, quamvis hoc caſu cum ſolo fidejuſſore judicio agi poſſit, cum reo non poſſit, §. 1. *ſup. eod.* In cauſam 1

verò duriorem accipi non poteſt, id eſt, ita accipi, ut fidejuſſor vel re, vel tempore, aut cauſa plus debeat, quàm reus principalis, *hoc text. l. 8. §. illud. 7. eod.* quod DD. non ineleganter ſic breviter exprimunt: *Fidejuſſor intenſivè obligari poteſt, extenſivè non poteſt.* Cæterum de illo non ſatis inter interpretes convenit, utrum fidejuſſor in majorem ſummam acceptus, quàm debet reus principalis, prorſus non obligetur, an ſaltem obligetur in ſummam concurrentem. Gloſſa & Bart. *in d. l. 8. §. illud 7.* omneſque fere interpretes veteres ſentiunt, fidejuſſorem ita acceptum planè non obligari; quorum ſententiam ſequuntur & defendunt Connan. *6. comm 6.* Hotom. Bachov. *in hunc §.* Fachin. 8. *controv. 51.* Gædd. *c. 4. de contr. ſtip concl. 4. num. 65. & ſeqq.* Timæ. Fab. *diſp. 23.* At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra diſſerunt, atque in propoſito fidejuſſorem obligari volunt ſaltem uſque ad debitam quantitatem. Cantiunc. Baro, Mynſ. Vveſemb. Giſan. *hic.* Gomez. *1. reſol. 13. n. 2.* Duar. *ad tit. de fidejuſſ. c. 3.* Vaſq. *1. illuſt. q. 40.* B. ench. *4. cent. 53.* Hering. *de fidejuſſ. c. 24. n. 52. & ſeqq.* quibus etiam accedit
2 Diod. Tulden. *comm. hic c. 2.* Prior ſententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in univerſum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt; definit Ulpianus *d. l. 8. §. illud. 7. hoc tit.* eos, ſi in duriorem cauſam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes & ipſum exemplar Florentinum. Latinis autem *omnino non* idem valet quod *neutiquam, planè, prorſus, penitus non*: niſi cavillamur. Neque alio ſenſu à noſtris uſurpatur ipſove Ulpiano, *l. ſi non ſortem. 26. §. indebitum. 3. de cond. ind. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §.*
3 *ſed enim. 3. rem pup. ſalv. for.* Quod ſi cum Haloandro pro *omnino non* reſtituas, *non omnino*: aut *omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*, quaſi dixiſſet Juriſconſultus, fidejuſſorem in duriorem cauſam acceptum teneri in eo tantùm & quatenus reus ipſe obligatus eſt; evertitur ſententia illius loci, quæ generalis eſt, falſaque efficitur Juriſconſulti definitio in fidejuſſoribus omnibus in duriorem cauſam acceptis extra caſum propoſitum. Nam certum utique eſt, fidejuſſores planè non obligari, qui in duriorem cauſam accipiuntur, extra quam ſi in majorem ſummam accepti fuerint, puta ſi purè ſpoponderint, quod reus ſub conditione aut in diem debebat, vel ſi purè reus interrogatus fidejuſſor cum adjectione loci acceptus ſit, ſive quid aliud adjectum, quo conditio fidejuſſoris deterior fiat. Neque enim alia ratio eſt, cur Juriſconſulti paſſim tam ſollicitè quærant, an & quando fidejuſſor in duriorem cauſam adhibitus videatur, quàm quod eo caſu, quo ita acceptus eſt, prorſus non obligetur: uti & ſimpliciter ubique reſpondent, eum non obligari, *d. l. 8. §. illud. 7. cum ſeqq. l. 16. §. 1. l. hi qui. 34. l. ſi teſtamento. 49. §. 2. l. ſi à reo. 70. §. 1. & 2. hoc tit.* Accedit, quod Juſtinianus hoc loco omnes iſtas ſpecies cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure cenſere videtur; maximè verò quod reſponſum eſt, fidejuſſorem in duriorem cauſam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. ſi teſtamento. 49. in fin.* ut proinde nulla in parte fidejuſſio, quacunque ratione deterior illa ſit obligatione
principali, valere poſſit. Nihil admodum pro con- 4
traria ſententia facit *l. rogatus. 33. mand.* Nam ut rectè Gloſſ. & Bart. *in d. l. 8. §. illud. 7.* reſpondent, non quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejuſſor acceptus in majorem ſummam, quàm reus principalis debebat; ſed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem ſummam, quàm rogatus erat, fidejuſſit, propterea quod videri poteſt fines mandati exceſſiſſe, de quo in *§. is qui. 8. inf. de mandat.* Neque ullum in *d. l. rogatus. 33.* verbum proponitur, ex quo colligere poſſis, in ampliorem ſummam, quàm quæ debebatur, mandatarium interveniſſe. Sed & reſponderi poteſt, diſſimilem eſſe cauſam fidejuſſoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus. 33.* agitur, & ejus, qui poſt conſtitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejuſſio in ſuſpenſo eſt, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat ſubſequens obligatio ſic, ut ad illam quidem nihil poſſit addere, detrahere autem de ea aliquid aut deminuere valeat. Eſt enim præcedens fidejuſſio mandato non abſimilis, in quo hoc evenit, ut
ſi, verbi cauſa, mandaverim tibi, ut ducenta cre- 5
deres Titio, & tu centum tantùm credideris, ſaltem in id, quod numeratum eſt, actionem mandati adverſus me habeas, eo quod nihil à te factum eſt contra legem mandati, cùm feceris conditionem meam meliorem, *l. ſi ultra. 22. 6. mand. & ibi* Salic. *de fidejuſſ.* Non obſtat, *l. hactenus. 11. §. 1. de pec. conſt.* Nam in conſtituto nuda tantùm æquitas ſpectatur, multaque in eo admiſſa ſunt, quæ fidejuſſoris obligatio reſpuit: veluti quod neceſſe non eſt, eum, cui conſtituitur, creditorem eſſe, *d. l. 5. §. 2. d. tit* quod aliud, quàm quod debetur, conſtitui poteſt, & quod debetur, conſtitui in citeriorem diem, *l. 1. §. an poteſt. 5. l. 4. eod.* quorum nihil admittit fidejuſſio, *d. l. 8. §. illud. 7. & ſeq. l. 16. pr. l. ſi ita. 42. hoc tit.* Unde apparet, à conſtituto ad fidejuſſionem firmum argumentum duci non poſſe. Illud majoris momenti eſt, quod in majori ſum-
ma vi ipſa & poteſtate ineſſe & minor intelligi- 6
tur, *l. 1. §. ſi ſtipulanti. 4. l. inter. 83 §. 3. de verb. obl.* & quod ob hanc cauſam placet, ſi quis de decem interrogatus viginti reſpondeat, obligationem ſaltem in decem contractam eſſe, quia ſcilicet hactenus congruenter interrogationi reſponſum ſit, *d. l. 1. §. 4.* Jam verò ſi majore ſumma promiſſa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta eſt, utilis eſt ſtipulatio principalis, quaſi hactenus aptè reſponſum ſit, nulla ratio dari poſſe videtur, cur ob eamdem cauſam in totum vitiari debeat acceſſoria fidejuſſoris. Reſp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejuſſoris majorem ſummam ſtipulanti creditori promittentis, quàm reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non aptè reſpondet: ſed quia durius eum creditor obligari voluit contra naturam obligationis fidejuſſoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejuſ-

Digitized by Google

dejuſſor, quàm principalis reus, *l. ſi teſtamento. 49. in fin. hoc tit.* VINN. Hactenus Vinnius probaſſe ſibi viſus eſt, fidejuſſorem in duriorem cauſſam obligatum omnino nihil debere. Quæ etiam ſententia fuit Joannis Boſſiani ex primis Gloſſographis, & poſtea ipſius Cujacii in *Recit. ad lib* 12. *Reſp. Papinian. in l.* 9. *ff. de uſur.* Sed is ipſe hanc ſententiam deſeruit in *Notis ſecundis ad Inſt. h.* §. & in *Recit. ad lib.* 4. *Jul. & Minic. in l.* 33. *ff. mand.* ubi fidejuſſorem in duriorem cauſſam datum, ſaltim in minorem obligari docet. Id quod ſanè principiis juris magis conſentaneum videtur, partim ob *l.* 33. *ff. mand. & l.* 11. §. 1. *ff. de pec. conſt.* quibus non uſquequaque ſatisfactum videtur à Vinnio, partim quia fidejuſſio eſt ſtipulatio, cujus ea natura eſt, ut qui ſtipulanti decem, viginti promiſerit, decem debeat, *l.* 1. §. 4. *ff. de V. O.* Accedit axioma illud generale, quod utile non debeat per id quod inutile eſt, vitiari. *l.* 9. *ff. de uſur. l.* 1. §. 4. *de V. O. l.* 35. §. *ult. C. de donat.* Nec aliter græci videntur docuiſſe. In Baſilicis enim in *l.* 8. §. 7. de fidejuſſ. & mand. pro *omnino non* legimus *οὐδ' ὅλως*, *non omnino*, id eſt, non in totam ſummam majorem, in quam datus eſt. Conf. Em. Merill. *Va-
7 riant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 1. *p.* 199. HEIN. D. Bachov. exiſtimat intereſſe, utrum creditor majorem ſummam à fidejuſſore ſtipulatus ſit, quàm reus debebat, an eamdem, & fidejuſſor majorem promiſerit: veluti ſi cùm decem reus revera deberet, creditor quoque non amplius, quàm decem ſtipulatus ſit à fidejuſſore, & is viginti fide ſua eſſe juſſerit: illo caſu in totum vitiari fidejuſſionem, quoniam aliter & durius fidejuſſorem adſtringere creditor voluit; hoc caſu conſiſtere pro quantitate debita. Quæ ſententia rationem habet: quoniam cùm creditor nihil amplius à fidejuſſore ſtipulatur, quàm quantum reus debet, non poteſt propriè dici, fidejuſſorem adhibitum eſſe in duriorem cauſam. Planè nunc in conſulendo & judicando ſequerer ſententiam poſteriorem; non ob id ſolùm, quod eam æquitas commendat; ſed quia pactorum & ſtipulationum jura confuſa ſunt, hodieque tam nudo pacto, quàm ſtipulatione fidejuſſor conſtitui poteſt, ut nulla planè nunc ſit ſtipulationis & conſtituti differentia. Gomez. 2. *var. reſol. cap.* 13. *n.* 2. Autumn. *confer. du droict. hic.*

Acceſſio eſt principalis obligationis] Hinc fit, ut & ab initio nulla ſit fidejuſſio, ſi nulla ſubſit obligatio principalis, & ut ſublata obligatione principali tollatur & acceſſoria fidejuſſoris, ex communi ſcilicet natura omnium acceſſionum, *l. in omnibus.* 43. *de ſolut. l. novatione.* 18. *de novat. l. cum principalis.* 178. *de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hìc docemur, ut etiamſi ſubſit aliqua obligatio principalis, fidejuſſor tamen accipi non poſſit in plus, quàm principali obligatione continetur: ſiquidem quod amplius foret in obligatione fidejuſſoris, id eſſet acceſſio ſine principali.

Vinnius in Inſtitut.

Nec plus in acceſſione] Si hoc axioma reſtringamus ad ſubjectam materiam, id eſt, ad obligationem acceſſoriam, verum eſt in univerſum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc cauſam nihil impedit, quominus plus pretii ſit in acceſſione, quàm in principali re, §. *ſi tamen.* 26. *ſup. de rer. div. l. cum aurum.* 19. §. *perveniamus.* 13. *& ſeqq. de aur. arg. leg. l. ſi in emptione.* 34. *de contr. empt.*

Ut minus debeant, obligari poſſunt] Fidejuſſor in leviorem cauſam obligari poteſt, veluti in minorem ſummam, quàm ea ſit, quæ debetur; aut pro reo purè accepto, ex die vel ſub conditione, *d. l.* 8. §. *illud.* 7. *hoc tit.* aut ſi qua alia ratione levior fiat conditio fidejuſſoris. Exempla in *d. l.* 8. §. *antepen. & pen. l. hi qui.* 34. *eod.*

Non ſolùm in quantitate] Plus non modo ex quantitate æſtimatur, ſed etiam ex tempore: item ex loco adjecto & cauſa: quod pluribus atque ex profeſſo explicatur, §. *ſi quis agenſ.* 33. *inf. de actionib.*

TEXTUS.

De actione fidejuſſoris adverſus reum.

6. Si quid autem fidejuſſor pro reo ſolverit, ejus recuperandi cauſa habet cum eo mandati judicium.

NOTÆ.

6. *Mandati judicium*] *l.* 10. §. 11. *mand.* nempe ſi mandatum vel expreſsè vel tacitè intervenerit: alias negotiorum geſtorum, veluti ſi pro abſente fidejuſſit, *l.* 6. §. 2. *l.* 18. *l.* 20. §. 1. *d. t. l.* 6. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

Fidejuſſor ejus nomine, quod pro reo ſolvit, mandati actionem cum eo habet, *l.* 10. §. *fidejuſſores.* 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, ſi præceſſerit mandatum, id eſt, ſi rogatus à reo ſit, ut fidejuberet, *l. ex mandato.* 20. §. 1. *d. tit.* aut cùm reus præſens eſſet, paſſus ſit pro ſe fidejuberi, vel mandari ab alio, ut ſibi credatur. Nam & is, qui præſens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur.* 18. *mandat. l.* 6. *C. eod.* Quod ſi verò pro reo abſente quis fidejuſſerit, ei non poteſt competere actio mandati: ſed ſi ut negotium gerens interceſſerit, negotiorum geſtorum dabitur, *d. l.* 6. §. 2. *d. l. ex mandato.* 20. §. 1. *eod.* Itaque fidejuſſor nunc mandati, nunc negotiorum geſtorum actionem habet, *l.* 4. *hoc tit.* Quid ſi pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc caſu ne utilem quidem actionem ei dari, *d. l.* 6. §. 2. *l. ſi pro te.* 40. *mandati.*

Digitized by Google

TEXTUS.

Si fidejuſſor Græcè accipiatur.

7. *Gracè etiam fidejuſſor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω ἐγώ. Sed & ſi dixerit, Θέλω, ſive βούλομαι, ſed & φημὶ, pro eo erit, ac ſi dixerit, Λέγω.*

COMMENTARIUS.

ETiam Græcè fidejuſſor accipi poteſt, poſtquam placuit, non minus Græca aliave qualibet lingua, quàm Latina ſtipulationem rectè fieri, §. 1. *ſup. de verb. obl. l.* 1. §. *ult. eod.* Deſcriptus hic §. eſt ex *l.* 8. *pr. hoc tit.* ubi concinnius ſic legitur: *Græcè fideiuſſor ita accipitur, τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, ſive, βούλομαι, ſed & ſi φημὶ dixerit, pro eo erit, ac ſi dixerit,* Λέγω. Atque ita etiam hic locus reſtituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præceſſiſſe, arguit ſubſequens interpretatio, τὸ φημὶ, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

Si ſcriptum ſit, aliquem fidejuſſiſſe.

8. *In ſtipulationibus fidejuſſorum ſciendum eſt, hoc generaliter accipi, ut quodcumque ſcriptum ſit quaſi actum, videatur etiam actum. Ideoque conſtat, ſi quis ſcripſerit ſe fidejuſſiſſe, videri omnia ſolemniter acta.*

NOTÆ.

8. *Videri ſolemniter acta*] *l.* 30. *de verb. obl.* nempe partes præſentes fuiſſe, & ſtipulationem rite interpoſitam, citra quam fidejuſſor non conſtituitur, *l.* 5. §. 3. *d. tit. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. & 16. *tit. præc.*

COMMENTARIUS.

CUm fidejuſſiſſe aliquem ſcriptum eſt, omnia rite acta creduntur, *l. ſciendum.* 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro inſtrumento præſumptio eſt, verum eſſe, quod in eo ſcriptum eſt, §. *item verborum.* 11. *ſup. tit. præced.* ita etiam ſi de re aliqua, ad cujus ſubſtantiam certæ ſolemnitates jure requiruntur, ſcriptum ſit eam interveniſſe, etſi expreſſum non ſit, ſolemnitates iſtas eſſe adhibitas; tamen omnia ſolemniter acta eſſe intelliguntur: veluti ſi ſcriptum ſit, promiſiſſe aliquem, creditur is ad interrogationem præcedentem reſpondiſſe, §. *ſi ſcriptum.* 16. *tit. præc.* Eademque ratione ſi ſcriptum fuerit, fidejuſſiſſe aliquem, præſumitur id factum, adhibita à creditore præſente ſtipulatione; quoniam de eſſentia fidejuſſionis hoc eſt, ut ſtipulatio interveniat, *l.* 5. §. *ſatis.* 3. *de verb. obl. l.* 12. *C. hoc tit.*

TITULUS VIGESIMUSSECUNDUS.

DE LITTERARUM OBLIGATIONIBUS.

C. Lib. 4. *Tit.* 30.

TEXTUS.

Olim ſcriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non ſunt in uſu. Planè ſi quis debere ſe ſcripſerit, quod ſibi numeratum non eſt, de pecunia minimè numerata poſt multum temporis exceptionem opponere non poteſt. Hoc enim ſæpiſſime conſtitutum eſt. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non poteſt, ſcriptura obligetur, & ex ea naſcatur condictio, ceſſante ſcilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus conſtitutionibus uſque ad quinquennium procedebat: ſed ne creditores diutius poſſint ſuis pecuniis forſitan defraudari, per conſtitutionem noſtram tempus coarctatum eſt, ut ultra biennii metas hujuſmodi exceptio minimè extendatur.

NOTÆ.

Quæ nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas ſuas accepti & expenſi nomen illius, cui pecuniam debebat mutuam, præſcribebat. Id fiebat præſente debitore, qui & ipſe quoque in ſuas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Roſc. Comæd. cap.* 1. & 2. Salmaſ. *de uſur. c.* 6. & *ad jus Attic. c.* 29.

Non ſunt in uſu] Nam poſterior ætas syngraphis uti cœpit, id eſt, cautionibus utriuſque contrahentis manu ſubſcriptis. Hotom.

Poſt multum temporis.] Poſt quinquennium, hodie poſt biennium, ut infra.

Dum queri non poteſt] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l.* 8. & 2. *ſeqq. l.* 14. *de non num. pec.*

Per conſtitutionem noſtram] *d. l.* 14. *C. de non num. pec.*

Ut ultra biennii metas] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confeſſionem prodita: condictio cautionis ſive chirographi, *l.* 7. *C. eod. l. ult. C. de cond. ex leg.* querela

ſeu

ſeu denunciatio aut proteſtatio de non facta numeratione, *l.* 8. *l.* 9. *de non num. pec.* quam in ſcriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor conſequatur, *d. l.* 14. *§. ult. & auth. ſeq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adverſus creditorem intra biennium agentem, *l.* 3. *l.* 5. *d. l.* 8. *d. l.* 14. *C. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *l.* 3. *l.* 10. *C. eod.* ubi ratio. Exacto autem biennio confeſſus, qui beneficio juris uſus non eſt, neceſſitate ſolvendi adſtringitur, *d. l.* 8. *d. l.* 14.

COMMENTARIUS.

1 *Cautiones & confeſſiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantùm valeant?*
3 *Cautionem pecuniæ creditæ poſt biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione?*
5 *Rectè ne obligatio hic propoſita dicatur litterarum, cùm veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur? & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obſolevisſe: qualis illa? & alia quædam.*
7 *Confeſſum poſt biennium ſcriptura obligari, ut etiamſi poſtea probare velit, pecuniam ſibi numeratam non eſſe, non audiatur.*
8 *Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgo adducti diſſentiant?*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat? & alia notabilia.*
12 *Vſus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum litteræ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ ſpecies obligationis tertio loco poſita eſt in diviſione
1 earum, quæ naſcuntur ex contractu, *§. ult. ſup. de obl.* Litterarum obligatio eſt, cùm quis ſcripto alteri mutuo conſenſu tradito confeſſus eſt, ſe ab eo certam ſummam mutuam accepiſſe, quam non accepit, nec intra biennium confeſſionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis ſcripto confeſſus ſit: remotis litteris huic obligationi non eſt locus: quippe quæ alioqui non recte diceretur litterarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confeſſus ſit, an alio inſtrumento profeſſionem debiti continente, etiamſi id à tabulario confectum ſit. Gloſſ. *in l. 3. C. de non num pecun.* Schard. *ibid. num.* 8. Don. *num.* 12. cautio paſſim à noſtris & præſertim in hoc argumento dicitur, *l.* 1. *& 3. ſeqq. l.* 8. *C. d. tit. l. emptor.* 47. *§. ult. de pact.* Exigimus, ut ſcriptum mutuo conſenſu traditum ſit creditori: nam ſine conventione nulla ex contractu obligatio, *l.* 1. *§.* 3. *de pact.* Exigimus profeſſionem debiti, non cujuſvis, ſed mutui accepti: quod ut facilius intelligi poſſit, ſciendum eſt, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim eſſe, ut confitentem obliget: ſunt enim quædam cautiones & confeſſiones debiti planè inutiles, quales ſunt, quæ cauſam debendi non continent, quas indiſcretas vocant, cùm ſcilicet quis confeſſus eſt, ſe debere, nulla nominatim expreſſa cauſa, propter quam debeatur, *l. cum de indebito. 25 in fin. de prob. l. generaliter.* 13. *C. de non num. pec. C. ſi cautio. 4. x. de fid. inſtr.* vid. D. Andr. Gail. 2. *obſ.* 13. Damhoud. *prax. civil. cap.* 175. *n.* 14. ubi notat, in emptoriis inter mercatores ex conſuetudine etiam ex obligatione non cauſata jus reddi ſolere, add. Groenevv. *de ll. abrog. ad l. 25. §. ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi cauſam continent, utiles quidem ſunt, ſed non omnium una eſt vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantùm & fidem rei geſtæ valent, ad obligationem numquam: quædam vim habent obligationis, numquam probationis ſolius. Ad ſolam probationem 2
valent confeſſiones debiti omnes, quæ non ſunt de pecunia mutua. Placet haſce ſcripturas valere ad probationem; & merito placet, cùm nihil æquius ſit, quàm unumquemque proprio teſtimonio acquieſcere, confeſſumque ſtare ſuæ confeſſioni, *d. l. cum de indebito. 25. in fin. de probat. d. l. generaliter. 13. C. de non num. pec. l. 11. §. 1. de interrogat. in jur fac.* Sed enim probationem tantùm habent, obligationem numquam inducunt: argumento eſt, quod confeſſus ex chirographo ſuo conventus contra confeſſionem ſuam venire poteſt; placetque audiendum eſſe, ſi (quæ facultas nullis terminis definitur,) paratus ſit oſtendere, ſe falſo confeſſum, inque eam rem proferat idonea inſtrumenta: nam teſtes in hac probationis ſpecie viſum eſt admitti non debere, propter metum falſi, *d. l. cum de indebito. 25. & d. l generaliter.* 13. Sola cautio & confeſſio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit; contra verò 3
ad probationem ſolam numquam valet, ut ex iis, quæ ſequuntur, perſpicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum conſiſtit, *l. in contractibus. 14. princ. C. de non num. pec.* Poſtremo exigimus, ut cautio emiſſa ſilentio biennii confirmata ſit; non enim continuo, ut quis ſcripto confeſſus eſt ſe pecuniam mutuam accepiſſe, aut ſibi numeratam eſſe, litteris obligatur: ſed cautio intra biennium, ex quo emiſſa eſt, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, *l. 3. l. 10. C. d. tit.* At ſi intra id tempus confeſſionem non retractaverit, jam in eam ſummam, quam confeſſus eſt, planè obligatur, *hoc text.* & paſſim, *d. tit. C. de non num. pec.* Remedia ad retractandam in- 4
tra biennium confeſſionem tria confitenti ſunt prodita. 1. condictio ſine cauſa, aut ob cauſam dati, cauſa non ſecuta ad repetitionem chirographi, *l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg.* 2. querela ſeu denunciatio & proteſtatio de numeratione non facta: quæ denunciatio ſcripto facienda, ut

exinde exceptionem perpetuam debitor conſequatur, *l.8.& ſeq.l. in contractibus.* 14. §. *ult.& auth. ſeq. C. de non num pec.* 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adverſus creditorem intra biennium agentem, *l.3.l.5.d.l.8.C.eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d.l.3.* Ratio differentiæ ſignificatur in *l.* 10. *C. eod.* quod facultate negandi reo conceſſa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non poteſt, *l actor.*23.*C.de probat.* Ad quam rationem accedit præſumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, ſcilicet cautionem expoſitam fuiſſe ante numerationem: cujuſmodi præſumptio in cæteris cauſis ceſſat; quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem, & ſpe numerationis futuræ, qua ne fruſtrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere ſolent ad nutum creditoris. Rebuff. *ad conſtit. reg. de chirogr. & cedul. art.* 2.*num.* 18. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 37. *num.* 1. Adjuncta eſt exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l.3.C.de non num. pecun.* vel in factum detracta doli mentione, *l.* 9. *C. eod.* atque his remediis confeſſum uti poſſe etiam adverſus inſtrumentum garentigiatum, cenſet Gomez. 2. *reſol.*6.*n.* 3. quamvis in contrarium proclivior ſit Chriſtin. *d. deciſ. n.* 13. Exacto verò biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confeſſus, qui beneficio juris uſus non eſt, neceſſitate ſolvendi adſtringitur, *hoc text. l.* 8. *l.*14.*C.d.tit.* Hæc
5 ergo obligatio rectè dicitur litterarum, ſeu ex litteris naſci, ſiquidem poſt biennium non amplius quæritur, an pecunia confeſſa numerata ſit, nec ne: ſed ſcriptura auctoritate juris pro veritate habetur, ſicut res judicata & jusjurandum, ut non tantùm probet, ſed etiam obliget confitentem. Planè veteres nullam litterarum ſeu ſcripturæ, ut cauſæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex profeſſo cauſas & genera obligationis recenſent, *l.* 1. §. 3. *de pact. l.* 1. §. 1. *l. obligamur.* 52.*de oblig.& act.l.*8.§.1.*de fidejuſſ. l.* 1. *de novat.* ſed opinor, eos hanc obligationem retuliſſe inter eas, quæ ex re naſcuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quaſi creditam petit, & condicit tamquam ex mutuo, *l.* 5. *C. de non num. pecun. & hoc text.* Rectius autem ex litteris hæc obligatio eſſe dicitur: nam etſi in cautione adjicitur cauſa, nempe mutui accepti, & pecunia quaſi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, niſi quatenus ei numeratum eſt, *l.* 2. §. 3. *l.* 11. §. 1. *de reb. cred.* ut proinde & quoniam nulla alia ſubeſt cauſa obligationis præter litteras ſeu ſcripturam emiſſam, rectè dicatur litteris obligatus: neque enim ſi ſine ſcriptura confeſsus eſset, ſimiliter obligaretur. Donell. *ad d.l.*8.*num.*34.*C.de non num. pec.* Gudelin. *lib.* 2. *de jure noviſſ. cap.* 6. Caveat autem quiſque, ne temere inficietur chirographum ſuum aut numerationem confeſsam: nam mendaci convicto pœnam dupli & amiſſionis cæterarum defenſionum noviſſima Juſtiniani conſtitutio imponit, *auth. contra qui. C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè ſpectat: eademque fere ratione defenditur, qua uſucapio & præſcriptiones temporales, *l.* 1. *de uſuc. l. ult. pro ſuo l.* 1. *l.*3. *C. de annal. except.*

Quæ nominibus fieri dicebatur] Romæ olim 6
moris fuit, ut unuſquiſque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per ſingulos dies vel acciperet vel expenderet, perſcribebat, ut Cicero in ea *pro Cluent. cap* 14. demonſtrat. De harum tabularum fide cenſores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teſte Dionyſ. Halicarn. *lib.*4. Atque hinc fidem in judiciis facere ſolebant, ut ex oratione pro Q. Roſcio oſtendit Hotomannus. Aſconius autem Pædianus, *in Verrin.*3. ſcribit, nomina in tabulis dici conſueſse titulos ſeu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cùm in tabulis perſcribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quàm in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cùm pecunia præſens non numerabatur. Atque hinc eſt, quod obligationes ſeu debita appellantur nomina. Referri autem ſolebat non tantùm in tabulas creditoris, verùm etiam in aliorum quorumdam; quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum teſtimoniis, præſertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego verò non puto hujuſmodi ſcripturam valuiſse abſolutè ad obligationem, ſed vim dumtaxat habuiſse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantùm huc pertinuiſse ſcripturam menſæ argentariæ, verùm etiam privatorum codicum accepti & expenſi. Majorem lucem expectamus à D. Salmaſio in libro, quem præ manibus habet, de uſuris Juſtinianeis. Vinn.
Ita quidem vulgo litterarum obligationem veteres explicant. Sed ita non quadrat deſcriptio Caji *Inſt. lib.* 2. *t.* 9. § . 12. ubi *litteris obligatio fieri dicitur aut à re in perſonam, aut à perſona in perſonam.* Inde enim adparet, hanc obligationem novationis ſpeciem fuiſse, & rectè eam definiri à Theophilo *h. t.* *τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὸν δάνειον μετασχηματιζόμενον ῥήμασι καὶ γράμμασι τυπικοῖς.* *Veteris nominis in novum creditum per ſolemnia verba & ſolemnes litteras transformatio.* Nimirum, ſi quis mihi ex locatione vel aliæ cauſsa deberet centum, egoque mallem eum ex litteris obligatum habere, verba proferebat: CENTUM AUREOS, QUOS MIHI EX CAUSA LOCATIONIS DEBES, EXPENSOS TIBI TULI? ſimulque eadem inſcribebat tabulis. Reſpondebat alter: EXPENSOS MIHI TULISTI, eademque referebat in tabulas, addito procul dubio nomine. Eo facta prior obligatio extinguebatur, & nova naſcebatur, quæ ex litteris ſolis ſubſtantiam capiebat. Ita fiebat litterarum obligatio à re in perſonam.

Digitized by Google

ſonam. Unde facile intelligitur, quo pacto à
perſona in perſonam facta ſit. Plura V. C. Ant.
Schulting. *Juriſpr. antejuſt. p.* 163. & nos in
Antiq. Rom. h. t. §. 3. & 4. Hein.

Hodie non ſunt in uſu] Ætate Juſtiniani no-
mina in uſu non erant: quippe, tranſlato Con-
ſtantinopolim imperio conſuetudo Græcorum re-
cepta eſt, qui ſyngraphis utebantur, hoc eſt,
cautionibus utriuſque contrahentis manu ſubſcri-
ptis atque obſignatis. Poſterior tamen ætas non
συγγραφὰς ſed συμβόλαια appellavit: Latini *in-
ſtrumenta* & *cautiones*, voce generali ad chiro-
grapha quoque producta: qua de re conſule
doctiſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 10.

7 *Dum queri non poteſt, ſcriptura obligetur*] Si
confeſſus poſt biennium ſcriptura obligatur,
conſequens omnino eſt, eum neceſſitate rei ſol-
vendæ jam adſtringi, ut ſolutionem nullo mo-
do evitare poſſit. Eſt enim hic certiſſimus obli-
gationis effectus, ut qui ſecundum formam ju-
ris obligatus eſt, non aliter liberetur facto ſuo,
quàm ſi ſolvat aut ſatisfaciat creditori, *inſ. quib.
mod. toll. obl. l.* 9. §. 3. *de pign. act.* Atque hoc
etiam expreſſè reſcriptum eſt in ſpecie debiti
propoſita *l.* 8. *C. de non num. pec.* Quid ergo ſi
debitor poſt biennium paratus ſit probare, pe-
cuniam ſibi numeratam non eſſe, anne ſic qui-
dem audiendus erit? Accurſius de quorumdam
veterum ſententia putat audiendum eſſe: quod
& Bartolo & comm. DD. viſum in *l.* 3. & *l.* 14.
C. d. tit. Gomez. 2. *reſol.* 6. *n.* 7. Moz. *de contr.
tit. de mutuo. n.* 9. Baroni, Schneid. Bachov.
Corvin. *in enchir. hic.* D. Bronchorſtio. 2. *aſſert.*
8 22. Ant. Perez. *in d. tit. C. n.* 14. Moventur,
quod exceptiones natura ſua perpetuæ ſunt, *l.* 5.
§. *ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptio-
ne pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio
doli mali, *l.* 3. *C. d. tit.* quæ cùm ſine dubio
perpetua ſit, *d. l.* 5. §. *ult.* utique etiam poſt bien-
nium competere debeat; etiamſi ceſſare dicamus
exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc
non ſunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactio-
nes, *l.* 6. *de off. præſ.* Illicita verò & iniqua exa-
ctio eſt, ſi reus, probare volens, pecuniam ſibi
numeratam non eſſe, non audiatur. Poſtremo
non poteſt biennii lapſus debitori adimere, niſi
quod prius ex biennio habuit: at biennium ſo-
lummodo tribuit debitori immunitatem proba-
tionis, *l.* 10. *C. eod.* ergo nec lapſus biennii ei
amplius adimere poteſt. Sed procul dubio ve-
rius eſt, debitorem nec probationem ultro of-
9 ferentem poſt biennium audiri. Etenim poſita
obligatione, id eſt, neceſſitate ſolvendi, quæ
ex litteris, non ex re aut numeratione naſcitur,
omnino conſequens eſt, eum debitorem audien-
dum non eſſe, qui chirographum quidem ſuum,
ſeu cauſam obligationis agnoſcit, cæterum nu-
merationem, quæ jam huc non pertinet, inter-
veniſſe negat, quantumvis ejus rei offerat pro-
bationem. Quod ſi probatio contra cautionem
poſt biennium admitteretur, jam nec ſcriptura
ad obligationem valeret, ſed tantùm ad proba-
tionem, nec novum hoc eſſet obligationis ge-
nus, quod ex litteris naſceretur, ſed ex re: de-
nique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod
non eſt in cæteris, quæ non ſunt de pecunia
mutua, præter immunitatem probandæ exce-
ptionis intra biennium oppoſitæ: qua parte et-
iam major vis eſt cæterarum cautionum, quàm
pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem
litterarum non naſci, inter omnes convenit.
In ſumma, nulla eſſet revera litterarum obliga-
tio, nullus effectus ſcripturæ, niſi in probatio-
ne & fide facienda, ut uni ante biennium incum-
beret probatio, poſt illud tempus alteri; & con-
ſequenter expungenda eſſet hæc obligatio è ca-
talogo verarum obligationum; cùm verè debi-
tor appellari non poſſit, qui exceptionem per-
petuam habet, *l.* 66. *l.* 112. *de reg. jur.* Loci
juris in eamdem ſententiam manifeſti ſunt. In
l. aſſeveratio. 10. *C. de num. pec.* traditur,
querelam ſeu exceptionem non numeratæ pecu-
niæ definito legibus tempore non propoſitam eva-
neſcere: quod ad immunitatem probationis mini-
mè reſtringi poteſt. In *l.* 8. *C. eod.* ſcriptum eſt,
eum, qui cautionem expoſuit, ſi intra biennium
queſtus non eſt, omnimodo debitum ſolvere
compelli. Idem expreſſum eſt in *l.* 14. *pr. C. eod.*
ubi verbis diſertiſſimis cavetur, ut poſt bien-
nium nulla ullo modo querela de pecunia non
numerata introducatur: ergo ne tunc quidem,
cùm reus probationem pecuniæ non numeratæ
in ſe ſuſcipit: quomodo & Græci hoc accepe-
runt. Harmenop. *lib.* 2. *tit. περὶ ἀναργυρ. num.* 4.
*ὁ λέγων ὅτι οὐ γέγονεν ἀριθμήσεις εἰ μὴ ἐν τῇ διετίᾳ
οὐ ἐναχθῇ, οὐ διαμαρτύρεται περὶ τούτου, οὐδεμίαν ἔχει
δικαιολογίαν.* Hoc amplius in *d. l.* 14. §. 3. il-
lud nominatim obſervari jubetur, ut ne liceat
debitori, qui queſtus non eſt, poſt biennium
creditori agenti offerre jusjurandum; cùm ta-
men alias recuſatio jurisjurandi judicialis adver-
ſus recuſantem, qui juſtam recuſandi cauſam
non habet, pro manifeſta confeſſione & proba-
tione habeatur, *l. manifeſtæ.* 38. *de jurejur.* adeo-
que facilius admittenda ſit jurisjurandi dela-
tio, qua auctor teſtis & judex in ſua cauſa con-
ſtituatur, ut rem uno verbo tranſigere poſſit,
quàm prolixæ & adverſus invitum ſuſceptæ pro-
bationes, *arg. l.* 1. & *l.* 2. *d. tit.* His accedit
& textus in *l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi no-
minatim cavetur, ne cautio poſt ſtatutum tem-
pus condicatur. Jam verò ſi cautio oblata pro-
batione pecuniæ numeratæ poſt ſtatutum tem-
pus condici non poteſt, nulla ratio eſt, cur
exceptio pecuniæ non numeratæ oblata proba-
tione admitti debeat. Poſtremo uno tantùm mo-
do legimus exceptionem pecuniæ non numera-
tæ perpetuam fieri, mota ſcilicet intra biennium
querela, ſeu facta proteſtatione, *d. l.* 14. §. *ult.*
Argumenta, quæ in contrarium afferuntur,
infirmiora ſunt, quàm ut hanc ſententiam
convellere poſſint. Nam quod exceptiones 10
dicuntur eſſe perpetuæ, id ad eas non perti-
net, quæ etiam ultro à debitore per modum
actio-

Digitized by Google

actionis proponi poſſunt. Exceptio verò doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non eſt exceptio doli ſpecialis, quæ adverſus eum, à quo dolo decepti ſumus, ut promitteremus, perpetua eſt; ſed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens illarum naturam & conditionem ſemper ſequitur, *l.2. §. & generaliter. 5. de dol. mal. exc.* Planè ſi debitor dolo ſe inductum dicat, aut vi coactum ut confiteretur, aut dicis tantùm cauſa numerationem interveniſſe, cùm aliud ageretur, aliud ſimularetur, etiam poſt biennium ex his cauſis exceptionem eum habere, nemo eſt qui ambigat. Don. *ad l. 8. C. de non num. pec.* Ant. Fab. *Cod. ſuo, eod. tit. defin.* 2. Porro non eſt iniqua exactio, ubi debitum petitur: nec iniquum, ſi rationem civilem ſpectamus, eum, qui proprio chirographo ſe debere confeſſus eſt, poſt ſilentium totius biennii hanc quaſi contempti beneficii juris pœnam luere, ut confeſſioni ſuæ litteris teſtatæ omnimodo ſtare, & confeſſam pecuniam ſolvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum reſponſum eſto. Poſtremum in eos ipſos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapſus biennii totum adimit: at biennium debitori non ſolùm immunitatem tribuit probationis, ſed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ, *l. 3. C. d. tit.* ergo lapſus biennii utrumque adimit: quod & expreſſum eſt in *d. l.* 8. *l. 9. & d. l. 14. C. eod.* Hanc noſtram ſententiam jam olim amplexus eſt Jo. Fab. *hic.* aliique nonnulli citati à Fachin. 2. *controv.* 18. eaque nunc neotericis fere probatur. Duar. *ad d. tit. C. cap.* 4. Don. *ad l. 8. num. 21. & ſeqq.* Fachin. *d. loc.* Vveſemb. *hic.* Gudelin. *lib. 2. de jur. noviſſ. cap. 6.* Tulden. *in comment. hic. cap.* 3.

Ceſſante verborum obligatione] Si cautio intervenerit, & ſimul interpoſita ſit ſtipulatio, non naſcetur quidem obligatio ex litteris, ſed ex ſtipulatu: cæterum eamdem vim & pro reo & contra eum habebit, quæ futura eſſet ſine ſtipulatione, *l. 9. C. de non num. pecun. §. 2. inf. de except.*

11 *Ne ultra biennii metas*] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Juſtinianus ſubſtituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emiſſæ cautionis: ita tamen, ut hæc præſcriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per juſtam abſentiam querelam movere non potuerunt, adverſus exceptionem amiſſam in integrum poſſint reſtitui, *d. l. 14. C. de non num. pec.* junct. *l. 2. C. in quib. ca. in int. reſt. nec. non eſt. l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* In tempore proponendæ querelæ ſeu exceptionis dotis non numeratæ, quæ ſpecies exceptionis non numeratæ pecuniæ, diverſum nonnihil ſtatutum *l. ult. & auth. ſeq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio ſeu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confeſſo, pecuniam ſibi ſolutam eſſe, quibuſcumque ex cauſis ſoluta dicatur, ſed tantùm intra triginta dies, *d. l. 14. §. 2.* Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum contra apochas factæ à collatoribus ſolutionis prorſus non datur, *d. l. 14 §. 1.*

Moribus nunc fere receptum eſt, ut exce- 12
ptio non numeratę pecunię intra biennium tueatur debitorem ſine probatione, & creditor, qui intendit numeratam eſſe, intentionem probare cogatur: poſt biennium verò audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipſe exceptionem probet, ſecundum ſententiam Accurſii, Bartoli & aliorum, quos ſuperiùs allegavimus. Ant. Fab. *Cod. ſuo de non num. pec. defin.* 1. Chriſtin. *vol.3. deciſ.* 37. Zang. *de exc. p. 3. c. 12. n.24.* Grot. 3. *manuduct. c. 5.* In Gallia receptum, ut debitor poſt biennium etiam jusjurandum creditori deferre poſſit. Autumn. & Mornac. *in d. l. 14. C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicaſſe refert Groenevv. *de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit.* Eadem conditione auditur & creditor poſt triginta dies adverſus apocham ſeu profeſſionem pecuniæ ſolutæ, Ant. Fab. *d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio eſt cæterarum cautionum, ut ſcilicet ſtatim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem expoſuit, eadem eſt & cautionis pecuniæ creditæ; teſtibus Imbert. 1. *inſt. forenſ.* 35. Rebuff. *ad conſt. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 2. num.* 28. & 68. Idem de univerſo Belgio teſtatur Gudelin. 3. *de jur. noviſſ. cap. 6. in fin.* ſed procul dubio errat. Apud nos ſanè idem quod in Gallia obſervatur: ſed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex cauſa mutui confeſſi jure communi competit, adhuc in uſu eſſe, vel illud argumento eſt, quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in inſtrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari ſolet: quam renunciationem hunc effectum habere volunt, ut creditor neceſſitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non poſſit adhuc objici exceptio, ſed ut objecta etiam intra biennium ſit ſine privilegio: ita poſt Gloſſam in *l. 3. C. de non num. pec.* D. Joan. à Sande *lib. 3. rer. judic. tit. 2. defin.* 1. D. Decker. *lib. 1. diſſert. 6. n.* 4. qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicaſſe, locum non eſſe exceptioni pecuniæ non numeratæ contra inſtrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos ſumma vigere debet æquitas: licet quoad hoc diſſentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in cauſ. merc. proced. num.* 9. Farin. *contr. jur. lib. 2. cap.* 86. quorum ſententia de jure verior videtur Chriſtinæo *d. vol. 3. deciſ. 37. num.* 16. quamvis contraria obtineat, Groenevv. *d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotii [illegible] *d. lib.*

Digitized by Google

d. lib. 3. *cap.* 5. Merul. *l.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 3. Illud hîc monere non eſt extra propoſitum, ne diu fruſtentur creditores, apud nos & in Gallia uſu fori receptum eſſe, ut debitoris initio litis cautiones ſuas vel agnoſcere, vel negare cogantur; agnoſcentes ut mox ſolvant & pecuniam conſignent, (quod *namptiſare & namptiſſemens* vulgo appellant) recepturi poſtea, ſi nihil deberi conſtiterit; negantes, ſi mendacii convincantur, pœnam dupli ſubeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pecun.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis obſervari notat Rebuff. *ad proœm. conſtit. reg. gloſſ.* 5. *num.* 6. & poſt eum Chriſtin. *d. deciſ.* 37. *num.* 12. & conſervandi juris fiſcalis gratia traditur obligatio ſive cautio procuratori generali, Merul. *d. loc.* Vide circa hanc materiam Imbert. *lib.* 1. *inſtit. forenſ. cap.* 35. *& ſeq* Rebuff. *ad conſt. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. num.* 44. *& ſeqq.* & DD. in *auth.* modo citata.

TITULUS VIGESIMUSTERTIUS.

DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

Continuatio.

SEquitur poſtrema obligationum ex contractu ſpecies, obligatio ex conſenſu: quippe quæ ex quatuor propoſitis adhuc ſupereſt. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut litteris contrahuntur, in ſe conſenſum, utpote qui communis eſt omnium contractuum ſpiritus, *l.* 1. §. 3. *de pact.* ſed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis ſubſtantiam, ut res, aut verba, aut litteræ cum conſenſu concurrant, obligationes autem, de quibus deinceps dicturi ſumus, ex conſenſu eſſe ideo dicuntur, quia conſenſu ſolo perficiuntur & conſtant, nihilque deſiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo conſenſu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio conductio, ſocietas, mandatum: quæ ſingula ſingulis titulis explicabuntur. VINN. Quibus quatuor ſpeciebus hodie quinta accedit, Emphyteuticus contractus, qui quum olim inter emptionem venditionem, & locationem conductionem fluctuaret, ſingularis contractus naturam ſortitus eſt à Zenone Imp. *l.* 1. *C. de jur. emph.*

TEXTUS.

Conſenſu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, ſocietatibus, mandatis. Ideo autem iſtis modis obligatio dicitur conſenſu contrahi, quia neque ſcriptura, neque præſentia omnimodo opus eſt; ac nec dari quicquam neceſſe eſt, ut ſubſtantiam capiat obligatio, ſed ſufficit, eos, qui negotia gerunt, conſentire: unde inter abſentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epiſtolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præſtare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus alius ſtipuletur, alius promittat.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis conſenſus declaretur?*
2 *Obligationum ex conſenſu pinguiorem eſſe naturam quàm obligationis verborum.*

NEque ſcriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis litterarum, ad quam conſtituendam ſcriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis ſcripturam deſiderant, quàm eæ, quæ conſenſu. Quod verò in his etiam ſcriptura ſæpe adhibetur, ideo fit, ut facilius probari poſſit quod actum eſt: non quod ad ſubſtantiam contractus, obligationiſve conſtitutionem ſcriptura pertineat, *l.* 4. *de fid. inſt. l.* 4. *de pign.* Totus hic locus ad verbum deſcriptus eſt ex Cajo *l.* 2. *de obl. & act.*

Neque præſentia] Ut in conficienda ſtipulatione: nam quæ obligationes re aut litteris contrahuntur, ſimiliter partium præſentiam non deſiderant.

Ac ne dari quicquam neceſſe eſt] Ut in mutuo, commodato, cæteriſque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

Sed ſufficit, &c. conſentire] Declaratur con-
ſenſus aut certis indiciis, aut ex re factove ali- 1
quo colligitur. Indicia ſunt, veluti verba, litteræ, *l.* 2. *de pact. l.* 4. *pro ſoc.* item nutus: nam & nutu conveniri poſſe, argumento eſt, quod fideicommiſſa nutu relinqui poſſunt, quamvis non relinquantur niſi ex voluntate, *l. nutu.* 21. *de legat.* 3. Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus, præcedens conventio non poteſt videri non placere. Exemplum hoc eſto: vendidit aliquis prædium meum me præſente, nec tamen apertè conſentiente: ſi pretium ex ea cauſa accepero, videbor ipſe vendidiſſe, *l.* 12. *de evict.* Similia exempla habemus in *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur.* 18. *mandat.*

Vide

Unde inter abſentes quoque] Quoniam ad conſtituendam obligationem ex conſenſu præter conventionem & nudum contrahentium conſenſum nihil requiritur; ex eo colligit Juſtinianus cum Cajo *d. l. 2. de obl. & act.* hujuſmodi negotia & obligationes etiam inter abſentes contrahi poſſe, puta per epiſtolam aut nuntium. Eſt verò hoc intelligendum de nuda & ſimplici epiſtola nuntioque ſolo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium poteſt, veluti mutui, commodati, miſſa per eum pecunia aut re. Similis collectio eſt in *l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono &
2 *æquo*] His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui ſolo conſenſu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quàm ea eſt, quæ naſcitur ex ſtipulatu; nimirum quod in iſtis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum eſt, ſed etiam in id omne, quod ex fide bona ſeu bono & æquo alterum alteri præſtare oportet, quamvis de eo nihil cautum ſit; cùm ex ſtipulatione obligatio eatenus tantùm naſcatur, quatenus lingua nuncupatum eſt, *l. quicquid. 99. de verb. oblig.* Non eſt vero hoc contractuum, qui conſenſu fiunt, proprium quarto modo, ſed ad cætera quoque judicia fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantùm valere officium judicis ex bono & æquo, quantum in ſtipulatione nominatim facta rei interrogatio, *l. 7. de neg. geſt. l. Lucius. 24. depoſ. §. in bonæ. 30. infr. de action.* quamquam hoc loco & apud Cajum *dict. lib. 2. de obl. & act.* videri poteſt per excellentiam quamdam hæc qualitas ſolis tribui contractibus, qui conſenſu perficiuntur, eademque ratione his opponi ſtipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & ſtricti juris dicemus ex profeſſo infra *ſub §. actionum, 28. de action.*

Titulus Vigeſimusquartus.
DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. & 19, Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 38. & 40.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione ſingularum partium.*
3 *Summa hujus tituli.*

1 EXplicaturus ordine contractus, qui ſolo conſenſu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, ſpecie hujus generis contractuum nobiliſſima, & ad vitæ communis uſum maximè neceſſaria, teſte Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi ſcripſit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpiſſe: ſignificans, ut ipſe ſe declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè ſuccurritur, cauſam eſſe, quod nummus inventus, & emptio introducta ſit: quod etiam docet Ariſt. *5. Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum inſtituto factum eſſe ὑπάλλαγμα τῆς χρείας ſuccedaneum & ὑπὲρ ἐγγυητήν; quaſi ſponſorem futuræ indigentiæ. Emptio & venditio eſt contractus, quo id agi-
2 tur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hiſce factis ſeu partibus conſtat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum conſtituunt. Factum ejus à quo pecunia eſt, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiſcitur, venditio, ille venditor. Notandum autem eſt, ſic has partes eſſe unius contractus, ut tamen partes ſint inter ſe diſtinctæ ac ſeparatæ, ut una non poſſit eſſe altera; aliudque ſemper ſit emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, *l. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur in *l. veteres. 19. & ſeq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, ſicut in locatione & conductione, his appellationibus promiſcuè uſos eſſe, id non hoc ſignificat, uſos eſſe una pro altera, ut male meo judicio D. Vultejus; ſed uſos una, puta vel ſola appellatione emptionis, vel ſola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut paſſim in hoc argumento fieri videmus: ſcilicet quia unum ſine altero neceſſe, nec intelligi poteſt, ut eſt natura relatorum. Connan. 7. *comm. 6.* Donell. *ad rubr. C. hoc tit. n. 4.* Non expreſſi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem eſſe contractum mutuæ præſtationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, conſenſu conſtantem; quoniam ex verbis definitionis ſatis intelligitur, præter conſenſum ad perficiendam emptionem nihil deſiderari: cætera verò inſunt generi, nullus enim contractus eſt, ex iis, qui conſenſu fiunt, qui non ſit δίπλευρος, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, conſtitutum, huc non pertinent, quia non ſunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium eſto. Res quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx: pecunia, quæ pro ea datur, pretium, *d. l. 1. §. 1. ſub fin. hoc tit.* igitur circa hæc duo conſenſus in emptione
verſatur, circa pretium & mercem: illud ut 3
venditori detur, hæc ut tradatur emptori: ex quibus ſubſtantia emptionis æſtimanda & definien-

Digitized by Google

nienda fuit. Juſtinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum ſine ſcriptura, tum etiam, cùm convenit, ut per ſcripturam fieret: inde de materia, forma, fine & effectu diſputat, quamquam nonnihil confusè. Poſtremo de rebus, quarum venditio non conſiſtit.

TEXTUS.

De emptione pura. De pretii conventione, arrhis, & ſcriptura.

Emptio & venditio contrahitur ſimul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum ſit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrhæ nomine datur, argumentum eſt emptionis & venditionis contractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ ſine ſcriptura conſiſtunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujuſmodi emptionibus & venditionibus innovatum eſt. In iis autem, quæ ſcriptura conficiuntur, non aliter perfectam eſſe venditionem & emptionem conſtituimus, niſi & inſtrumenta emptionis fuerint conſcripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem ſcripta, à contrahentibus autem ſubſcripta: & ſi per tabellionem fiunt, niſi & completiones acceperint, & fuerint partibus abſoluta. Donec enim aliquid deeſt ex his, & pœnitentiæ locus eſt, & poteſt emptor vel venditor ſine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, niſi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim ſubſecuto, ſive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis venditio celebrata eſt; is, qui recuſat adimplere contractum, ſi quidem eſt emptor, perdit quod dedit: ſi vero venditor, duplum reſtituere compellitur, licet ſuper arrhis nihil expreſſum ſit.

NOTÆ.

Simul atque de pretio convenerit] *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 1. §. 2. *de rer. perm.* niſi aut conditionalis ſit emptio, *l.* 7. *hoc tit. l.* 8. *de per. & com. rei vend.* aut eam in ſcriptis fieri placuerit, ut infra.

Niſi & inſtrumenta emptionis, &c.] Si privata ſit ſcriptura, ſufficit, inſtrumentum propria contrahentium manu perſcriptum eſſe, aut ſi ſcriptum ab alio, manu eorum confirmatum: ſin publica, non aliter inſtrumentum completum intelligitur, quàm ſi à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipſis approbatum fuerit, *d. l.* 17.

Qui recuſat adimplere contractum] Hoc eſt, qui recuſat emptionem perficere, aut ſtare placito emptionis & venditionis futuræ, *d. l.* 17. *d. verſ.* Cùm enim contractus perfectus eſt, & ſemel conſtituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere poteſt, *l.* 5. *C. de oblig. & act. l.* 3. *C. de reſc. vend. l.* 1. *&* 2. *C. quand. lic. ab empt. diſc.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando emptio contracta intelligatur, & quid interſit inter perfectionem contractus & conſummationem?*
2 *Re certa vendita, diverſam eſſe emptoris & venditoris præſtationem, genere vendito, non item.*
3 *Eſſe qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præcisè teneri rem tradere, ſed præſtando id, quod intereſt, defungi.*
4 *Præcipua hujus ſententiæ firmamenta.*
5 *Verius eſſe, venditorem prædicto caſu præcisè teneri tradere.*
6 *Hujus ſententiæ potiſſima fundamenta.*
7 *Reſpondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*
8 *Arrham dari vel ut ſymbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriuſque.*
9 *Quando res in hoc contractu deſinat eſſe integra? & duplex DD. error notatur.*
10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in ſcriptis fiat?*
11 *Quando negotium, quod ſcriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur?*
12 *A contractu perfecto ſine communi conſenſu recedi non poſſe licet arrhæ intervenerint.*
13 *Accurata contrariæ opinionis confutatio.*

UT primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data ſit, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 1. §. 2. *de rer. perm. l.* 8. *de peric. & comm. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui conſenſu perficiuntur, diſtinguenda perfectio contractus à conſummatione ſive implemento. Emptionem & venditionem perficit ſolus conſenſus de re & pretio: conſummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus eſt contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta eſt, naſcitur utrimque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promiſit, ſolvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. ff. & C. de act. empt.* Eſt verò præſtatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diverſa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præſtat, venditoris facere cogitur: venditor verò tantùm vacuam rei poſſeſſionem tradere: quæ res, ſi venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: ſi non fuit, evictionis tantùm nomine venditorem obligat: neque

1

2

neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, ſed ſatisfacit obligationi, ſi præſtet, habere licere, *l. 11. §. 2. l. ſervus. 30. §. 1. de act. empt. l. ſi ita. 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam variè, ut credibile eſt, ne uſus hujus contractus impediarur. Nam etſi venditor non præcisè obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantumdem tamen conſequitur emptor tradita rei vacuæ poſseſſione, & evictione, re evicta præſtita. Ar verò pretii, quod in pecunia numerata conſiſtit, nullus eſt uſus, niſi accipientis fiat: Adde, quod pretium non in ſpecie, ſed in genere conſtituitur: generis autem debitores conſtat non liberari: niſi rem ex eo genere perfectè faciant accipientis, *l. ſi à ſubſtituto. 45. §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam. 29. §. pen. de legat. 3. l. hæres. 58. de evict.* Quam ob cauſam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta ſi quis in genere vendidit bovem aut equum cum Bartolo in *l. 2. ſi cert. pet. num. 7.* Illud non
3 ſatis expeditum eſt, utrum venditor, ſi poteſtatem tradendi habeat, rem præcisè tradere teneatur, an offerendo ſolutionem ejus, quod emptoris intereſt, defungi poſſit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, (teſte Saliceto in *l. 4. C. de act. empt.*) cenſuerunt, venditorem etiam tum, cùm facultatem tradendi habet, non poſse præcisè compelli, ut tradat, ſed ſolvendo intereſse liberari. Conſentiunt Alciat. *ad l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod inter.* Duar. *de in lit. jur. n. 22.* Don. *ad d. l. 4. C. de act. empt.* Fachin. *2. contr. 30.* Gœdd. *de contr. ſtip. cap. 9. num. 65. & ſeqq.* Atque eo quoque inclinant Covar. *2. var. reſol. cap. 19. n. 1.* Bachov. *in Treutl. vol. 1. diſp. 28. theſ. 2.* Gudelin. *3. de jur. nov. c. 7.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 54. num. 6. & deciſ. 61. n. 2. item deciſ. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatum Mechlinienſem ſecundum hanc ſententiam ſæpe pronuntiaſse. Firmamenta hu-
4 jus ſententiæ præcipua hæc ſunt. 1. In obligationibus faciendi ita in univerſum jus eſt, ut debitor liberetur, ſolvendo id, quod intereſt, *l. ſi quis. 13. §. ult. de re jud. l. ſtipulationes. 72. pr. ver. Celſus. de verb. obl.* at talis eſt obligatio, qua tenetur venditor, *arg. l. ſi rem. 28. d. l. ſtipulationes. 72. eod. tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, ſi res vendita non tradatur, in id, quod intereſt, agi, venditorem non tradentem, quanti intereſit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait. 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. ſolv.* 3. Hoc amplius diſertè ſcriptum eſt in *l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris intereſt, condemnandum, cùm procacia ejus ſit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo eſt, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obſcurè electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc eſt, venditionem implere, & rem tradere velit, an emptori, quod intereſt, perſolvere, *l. contractus.*
5 *17. C. de fid. inſtr.* Cæterum contraria opinio tantùm non ubique in praxi recepta eſt, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum, venditorem, cui poteſtas tradendi ſit, teneri actione & ex empto, ut rem ipſam tradat, nec ſolvendo emptori id, quod ejus intereſt, obligationi ſatisfacere. Cyn. & Bart. in *d. l. ſtipulassones. 72. de verb. obl.* item Bart. & Caſtr. ad *d. l. 1. de act. empt.* Bald. in *d. l. contractus. 17. C. de fid. inſtr. num. 14.* Salic. in *d. l. 4. C. de act. empt.* Alex. Dec. Jaſ. ad *l. 9. ſi cert. pet.* ex modernis Gomez. *2. reſol. 10. n. 22.* Oldend. *claſſ. 4. act. 1.* Moz. *col. 4. de natur. empt. n. 26. & ſeqq.* Ant. Fab. *6. conject. 17.* qui tamen, ut eſt inconſtans, in alteram partem tranſit *deciſ. 85. errer. 4.* ſed in *Cod. ſuo tit. de pact. defin. 11.* refert, Senatum Sabaudiæ ſecundum hanc poſteriorem ſententiam judicaſse. Ita quoque decidunt Rot. Genuenſ. *deciſ. 214.* Soar. *in theſib. recept. ſent. lit. V. venditor, ſi facultatem.* Pinell. *in l. 1. C. de bon. matern. part.*
3. num. 25. Fundamenta hujus ſententiæ potiſ- 6
ſima ſunt 1. rei æquitas, cui minimè convenire videtur, ut emptor præcisè teneatur pretium ſolvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere, ut emptor rei periculum ſuſtineat, rem tamen conſequi non poſſit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cùm poteſt, recuſantis emptor probationi difficillimæ ejus, quod intereſt, quod & ad exiguam ſummam plerumque deducitur, *l. ult. de ſtip. præt.* adſtringatur. 2. Quod reſponſum eſt, tum non poſse agi, ut vendiror rem tradat, cùm, quod multis modis accidere poteſt, tradendi facultatem non habet, *l. ſi cum fundum. 68. §. 1. hoc tit.* Hinc enim à contrario rectè colligitur, cùm eam facultatem habet, agi poſse, ut tradat. 3. Reſcriptum Impp. in *l. 6. C. de reſc. vend.* Unde ſic rectè infertur: Si emptor duplo pretii ſibi oblato ab emptore recedere non cogitur; igitur nec oblata præſtatione ejus, quod intereſt, utpote cujus æſtimatio in venditionibus duplum excedere non poteſt, *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc ſententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipſam rem præſtare, obligatum eſse, ut præſtet, rem habere licere; quod abſque traditione poſseſſionis fieri non poteſt, *l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. ſervus. 30. in fin. de act. empt. l. Labeo. 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* 5. Adhuc apertius *l. bona fides. 50. & l. ſi quis. 46. de act. empt.* quarum in altera ſcriptum eſt, venditorem compelli rem tradere: in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem eſt implere contractum, aliud, id, quod intereſt, præſtare, *l. contractus. 17. C. de fid. inſtr.* 6. Apertiſſimè loco Pauli, *1. ſent. 13.* ubi ſic ſcribit: *Si id, quod emptum eſt, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi poteſt, ut tradat, aut mancipet.* 7. Idem confirmat textus in *§. 1. hoc tit.* ubi Juſtinianus expreſsè ait, *emtione perfecta & pretium omnimode ſolvendum & rem tradendam eſſe.*

Item

Digitized by Google

Item alter in §. 2. *ſup. de donat.* ubi eamdem traditionis neceſſitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum ſit, aut ei, qui donavit, neceſſitatem traditionis non incumbere, aut ſi fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Poſtremo non poſſet venditor, ſi jure publico ei conceſſum eſſet, rem venditam, quam tradere poteſt, non tradere, modo pati velit ſe condemnari in id, quod emptoris intereſt, non tradens aut facultatem tradendi ſibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de hær. vend. l. 10. C. de*
7 *act. empt.* Ad argumenta diſſentientium non quæram operoſas reſponſiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi eſſe ejuſdem naturæ, factaque nuda & ſimplicia, ſeu quæ in meris faciendi finibus conſiſtunt, qualia ſunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, inſulam fieri, foſſam fodere, ſimilia eſſe iis, quæ in rei alicujus præſtatione & juris poſſeſſioniſve translatione conſiſtunt, quale eſt ejus, qui tenetur ex cauſa venditionis rem tradere: inter quæ multum intereſſe alii rectè docent, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res. 98. §. mihi. 6. de ſolut.* Nam prioris generis facta ſunt ejuſmodi, quæ ut quis faciat cogi non poſſit ſine vi & impreſſione: & ideo, ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcisè ad faciendum, quod promiſit, obligari, immo in factum hactenus tantum eſſe in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam poſſit, ſed id ſolùm, quod intereſt: neque id ſtatim, ſed tum demum, cùm tranſierit tempus, intra quod fieri potuit quod promiſſum eſt, ut hic poſt moram, quaſi per ſpeciem quamdam novationis, in locum prioris obligationis ſuccedat obligatio in id, quod intereſt, cujus jam præſtandi neceſſitatem debitor evitare, & faciendo ſe liberare non poteſt, niſi ante litem conteſtatam, *l. 14. l. ſtipulationes. 72. l. ſi inſulam. 84. l. ſervum. 94. §. 3. de verb. obl.* At cùm res aliqua tradenda eſt, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quàm ut in eum, cui res tradi debet, poſſeſſio transferatur; quod ſi facto ejus ipſius, qui ad tradendum obligatus eſt, non judicis auctoritate poterit poſſeſſio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri, per *l. qui reſtituere. 63. de rei vind.* Diſſimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ ſubjicimus. Obligationes, in quibus nudi facti præſtatio verſatur incertæ ſunt, *l. ubi autem. 75. §. qui id. 7. de verb. obl.* utpote in quibus id dumtaxat, quod intereſt, (quod vel ex ipſa pronuntiatione apparet incertum eſſe,) ita venit, ut cum effectu peti poſſit, uti paulo ante demonſtratum. Obligatio autem venditoris certa eſt, quia non continet nudum factum, ſed cauſam bonorum, *l. 52. §. 1. d. tit.* id eſt, certæ rei præſtationem cum translatione dominii aut juris uſucapiendi, *l. 80. §. 3. hoc tit. l. 3. l. 11. §. 2. l. ſervus. 30. §. 1. de act. empt.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi purè venditam eſſe: hic dubium non eſt, quin eam ipſam rem, quam emi, petere à venditore poſſim, & vel confeſtim, vel etiamnum poſt moram: ex quo porro efficitur, etiam judicem in eamdem rem venditorem victum condemnare debere, non in æſtimationem, ut ſententia ſit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec ſtatim agi poteſt, neque ad facti præſtationem, licet poſt moram, ſed in id ſolùm, quod intereſt, quamvis promiſſor faciendo ante litem conteſtatam liberetur, *l. ſi inſulam. 84. de verb. obl.* Quamobrem non minus verè, quam eleganter mihi ſcribere videtur Fayius *in ſupplem. ad Connan. l. 7. cap. ult.* ſi factum, quod in conventionem deductum eſt, in rei alicujus præſtatione conſiſtat, ſive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quàm facto habendum eſſe, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1.* junct. *l. ubi. 75. §. ult. de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti ſi ancilla procuratori in rem ſuam conſtituto manumittenda detur. Non obſtant textus in *l. 72. pr. l. 75. §. 7. de verb. obl.* ubi fundum tradere cum aliis iiſque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per ſe diviſionem non recipiant, aut quod per ſe nudè conſiderata incerta ſint, non rectè intuleris abſolutam convenientiam. Deinde & cauſa conſideranda: poteſt enim & qui commodato aut precario rogat, rem ſibi tradi ſtipulari, & à quovis poſſeſſore. Denique & reſtituere factum eſt, & tradere ex cauſa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti ſunt contrariæ ſententiæ auctores, quod exiſtimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, eſſe alternativam, in qua conſtat, electionem eſſe debitoris, *arg. l. contractus. 17. C. de fid. inſtr.* Nam obligatio venditori non eſt alternativa à principio, ſed ſucceſſiva, ut ſcilicet teneatur in id, quod emptoris intereſt, ſi contractum implere, id eſt, rem tradere nequeat. Nam profecto ſi alternativa eſſet, & conſequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi ſibi adimens eamdem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falſi committere dicitur? *l. qui duobus. 21 ad leg. Corn. de falſ.* aut certè ſtellionatus, ſi non dixerit mercem liberam eſse? *l. 3. §. 1. ſtellionat.* Planè ſi dolo aut fruſtratione venditoris fiat, quominus res tradatur, poteſt emptor ultro omiſsa petitione rei agere, ut conſequatur quod ſua intereſt, taxandum non jurejurando actoris in litem, ſed arbitratu judicis. Quo pertinet ſpecies, *l. 4. C. de act. empt.* & in hanc quoque ſententiam tandem conceſſit Bachov. *n. 6. in paratit.* Vulten. *n. 111. de act. empt.* Vinn. Quæ hic prolixè admodum diſputat Vinnius, maximam

par-

Digitized by Google

partem vera, ſed ſupervacua ſunt. Contraria enim ſententia nititur præjudicata opinione, eum, qui factum nudum promittit, liberari præſtando id, quod intereſt, quum tamen *l.72. de V.O. l. 13. §. ult. de re jud. l.71. §.2. ff. de cond. & dem. l.2. ff. de lib. hom. exhib.* non dicant, promittentis in arbitrio eſſe, factumne an id, quod intereſt, præſtare malit, ſed ſtipulantem optionem habere, factum exigere, an id quod intereſt, petere malit. Vid. Cujac. *ad l.72. ff. de V.O.* Coraſ. *Miſcell. l. 11. cap.3.* Huber. *Prælect. ad Inſt. h. t. §. 5.* & quem honoris cauſſa nomino, celeberrimus Thomaſius *Diſſ. ſing. an, qui factum promiſit, liberetur præſtando id quod intereſt.* Hein.

Argumentum eſt emptionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore ſolet: ſed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari poſſit, conveniſſe de pretio, non quod ſine arrharum interventu emptio non perficiatur, *l. quod ſæpe. 35. pr. hoc*
8 *tit.* Datur autem arrha, vel ſimpliciter, ut ſit argumentum dumtaxat & probatio emptionis contractæ, veluti ſi annulus detur; vel ut ſimul poſtea cedat in partem pretii data certa pecunia, *l. 11. §. is qui vina. 6. de act. empt. l. ult. de leg. commiſſ.* Cùm arrha tantùm ut ſymbolum data eſt, impleta emptione, id eſt, re tradita & pretio numerato, reſtituenda eſt emptori, utiliſque in eam rem eſt actio ex empto, aut condictio ſine cauſa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* cùm in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; ſed reliqua pecunia re tradita exſolvenda eſt, *d. l. ult. de leg. commiſſ.* Utroque autem caſu hoc evenit, ut ſi poſtea placuerit emptionem eſſe irritam, id, quod arrharum nomine datum eſt, emptor repetere poſſit, vel actione ex empto, vel etiam condictione ſine cauſa, *d. l. 11. §. 6. de act. empt.* junct. *l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.* Et cùm ergo utroque caſu, etiam arrhis intervenientibus ſolo communi conſenſu ab emptione recedi poſſit, apparet, datione arrharum neutrubi rem deſinere eſſe integram; conſtanter enim traditum eſt, ſolo conſenſu, licet mutuo ab emptione & ſimilibus contractibus recedi non poſſe, niſi adhuc res ſit integra, *l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc. §. ult. inſ. quib.*
9 *mod. toll. obl.* Quando igitur res integra eſſe deſinit, ut ſolo conſenſu ab emptione recedi nequeat? Nimirum cum aliquid præſtitutum eſt eorum, quæ ex natura contractus præſtari debent, ut expreſſum eſt in *d. l. 58. de pact.* puta ſi vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, *d. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc. & d. §. ult. infr. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD. vulgo duplici in errore verſari: primum quod exiſtimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui poſtea in pretium imputentur, rem non amplius æſtimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus, res ſic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione diſcedere, emptori cum amiſſione arrharum, venditori cum duplicatarum reſtitutione. Quod perquam abſurdum eſt, atque in certiſſima juris principia impingit. Sed de eo paulo poſt diligentius.

In iis autem, quæ ſcriptura conficiuntur] Poteſt contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adſciſcere, quàm eſt ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut ſcilicet ad vim & conſtitutionem obligationis ſcripturam intervenire neceſſe ſit, cùm abſque tali conventione foret, ut nudo & ſimplici conſenſu, aut alias ſine ſcriptura, perficeretur: nam non in emptione ſolùm, ſed etiam in aliis cauſis id uſu venit, ut in permutatione, tranſactione, donatione, quæ non excedit 500. ſolidos, &c. *l. contractus. 17. C. de fid. inſtr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter obſervandum eſt. Etenim 10 in ſcriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto ſcriptura confecta eſt, (quippe ſolent plerumque ſcripturæ confici, non ut robur & ſubſtantiam ex iis contractus accipiat, ſed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam,) verùm tunc demum, cùm id actum eſt, ut non aliter contractus valeat, quàm ſi in ſcripturam redigatur. Id verò actum intelligitur, ut rectè Placentinus & Azo, non tantùm cùm nominarim & expreſsè convenit, ut non valeret contractus, niſi in ſcripturam redactus eſſet; verùm etiam ſi ſimpliciter convenerit, ut in ſcriptis contraheretur, vel, quod idem valet, ſi ab initio placuerit, contractum in ſcriptis fieri: nam & hic non obſcurè id agitur, ut contractus non niſi ſcriptus valeat, neque ad hoc expreſſiorem conventionem requirit Juſtinianus in *d. l. contractus. 17.* Conſentit Gloſſ. *hic.* Caſtr. *in d. l. contractus. 17.* Sichard. *ibid. n. 3.* Qua etiam ratione ſi partes aut in ipſo actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accerſeretur notarius contrahendi & conficiendi inſtrumenti gratia, rem in ſcriptis geri, & ſine ſcriptura nihil actum voluiſſe cenſeri debent. Quæ ſententia etiam rebus judicatis confirmata eſt, teſte Ant. Fab. *C. ſuo, de teſtibus, defin. 23. & de fid. inſtr. defin. 14.* quamquam diſſentit Salic. *in d. l. contractus. 17.* & nonnulli alii quos allegat. Et, ut, cauſæ ſerviat, probare videtur D. Dekher. *lib. 2. diſſer. 13. n. 3.* At verò ſi, quod ſæpè fit, poſt contractum initum & concluſionem negotii, inſtrumentum de eo confectum fuerit, ſcriptus potius, quàm in ſcriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec rectè quis dixerit, teſtamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per ſcripturam fieri, licet plerumque ſcribantur, quoniam, ut ſcribantur, ad ſubſtantiam eorum non pertinet, vid. *ſup. §. ult. de teſt. ord.* Sed etſi in contractu ineundo convenerit, ut de eo inſtrumentum conficeretur, ne ſic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in ſcriptis fieret, ſed potius ut ſine ſcri-

ſcriptura initus perfectuſque ad futuram dumtaxat rei memoriam deſcriberetur. Quippe in dubio, ſi non appareat quid actum ſit, credendum eſt, ad probationem potius, quàm ad validitatem actus, ſcripturam intervenisſe, cùm actus talis eſt, qui ſine ſcriptura poteſt ſubſiſtere, *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. inſtr. l. cum res. 12. C. de probat.* & ibi Bald. ut jure communi magis, quàm ſpeciali contrahentes uſi videantur, *l. Imperator. 30. de reb. auctor. jud. poſſeſſ. l. 14. de priv. cred.* Ant. Fab. *dd. loc.* DD. comm. *in d. l. contractus. 17. C. de fid. inſtr.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 29. n. 15. & ſeq.* Andr. Fachin. *2. contr. 97.*

11 *Niſi & inſtrumenta emptionis*] Quoties placet, negotium ſcriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quàm in ſcripturam redactum eſt, inſtrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata ſit ſcriptura, ſufficit ad completionem inſtrumenti, propria contrahentium manu id perſcriptum eſſe: modo ne quod ſcriptum eſt pro prima ſcheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum ſit: tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut ſcheda illa in mundum redigatur. Quod ſi inſtrumentum non ab ipſis contrahentibus, ſed ab alia perſona privata ſcriptum ſit, id pro completo habetur; cùm utriuſque contrahentis ſubſcriptione confirmatum eſt. Si verò inſtrumentum ſit publicum, puta conficiendum per tabellionem ſive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quàm ſi à notario exceptum perfectumque, & partibus prælectum fuerit, atque ab ipſis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus.* 17. De requiſitis inſtrumenti publici, & quæ de more inſeri ſoleant, vid. Covar. *pract. q. 20.* Vveſemb. *parat. de fid. inſtr.* Althuſ. *lib. 3. c. 42. num. 13. & ſeqq. cum ibi citatis.*

Donec aliquid deeſt, pœnitentiæ locus eſt] Cùm contractum in ſcriptis fieri placuit, ſcriptura ad ſubſtantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu inſtrumentum perfectum non eſt, obligatio non naſcitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de cauſa interim etiam pœnitentiæ locus eſt, licetque alterutri à negotio, quod inſtitutum eſt, ſine pœna diſcedere. Cæterum hoc ita, niſi quid arrharum nomine datum ſit. Quod cùm factum eſt, placet quidem, adhuc ſine mutuo conſenſu recedi poſſe, ſed emptorem conſilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum reſtituere, *d. l. contractus. 17. C. de fid. inſtr. & hoc noſtro text.*

12 *Sive in ſcriptis ſive ſine ſcriptis venditio celebrata ſit*] Id eſt, celebrari cœpta ſit; quam eſſe mentem Juſtiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum eſſe, quamdiu aliquid deeſt ad perfectionem contractus. Hoc enim ipſo apertè ſignificat, cùm contractus eſt perfectus, & nihil amplius ad conſtitutionem obligationis deſideratur, pœnitentiæ locum non eſſe, nec poſſe ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipſa conſtitutione Juſtiniani *d. l. contractus.* 17. Id elucet clarius verb. *ſuper facienda emptione.* Item *non procedente contractu.* Item *qui vendere pollicitus eſt, qui emere pactus eſt.* Quæ omnia manifeſtè oſtendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum eſſe, niſi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur eſſe argumentum emptionis contractæ: ex eo enim ſequitur, arrhas non dari, niſi contractu jam perfecto. Reſpond. Verum eſt, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari ſolere: cæterum nihil prohibet quominus & ante contractum dentur ſuper facienda emptione ei, qui vendere pollicitus eſt, quæ ſunt verba *d. l. contractus.* 17. Et in ipſo actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deeſt, ut eſt in hoc text. neque id tantùm cùm in ſcriptis res geritur, verùm etiam cùm ſine ſcriptis. Neque enim ſtatim inter partes de pretio convenit, acceſſionum quoque & finium definitio ſæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari poteſt ab eo, qui de re emenda tractare cœpit; ne quis alius facile prævertat; nec venditori liceat impune recedere. Con- 13
cedunt omnes, ſi ſine arrhis emptio celebrata ſit, recedi à negotio ſine communi conſenſu non poſſe: cæterum ſi arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cùm contractus jam perfectus eſt, & poſſe adhuc ab eo diſcedi hac conditione, ſi emptor diſcedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minimè ferendum eſt. Quid enim certius hac juris ſententia, obligationi ſemel conſtitutæ renuntiare invito adverſario non licere? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maximè valet in contractu emptionis & venditionis, *l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.* uſque adeo ut conſtitutum ſit, nec ex reſcripto Principis ab emptione jure perfecta recedi poſſe, *l. 3. C. de reſc. vend.* Non mutat hanc ſententiam arrharum poſt contractum perfectum interventus, ſed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis cauſa, ſed confirmandæ: dantur enim tunc in hoc, ut ſint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc text. & l. quod ſæpe. 35. eod.* Jam verò abſurdiſſimum eſt, id quod ad confirmationem contractus datur, ad everſionem ejus flecti: & omnino falſum eſt, quod pro defenſione contrariæ ſententiæ affertur, datione arrharum hoc tacitè agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum reſtitutione. Neque interpretis eſt, hujuſmodi tacita pacta ſine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obſtat, quod is, qui nominatim in rem ali-

Digitized by Google

aliquam ſibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per *l. & habet.* 15. §. 3. *de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam ſup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis ſua cautione ſibi proſpexit de re aliqua, in qua illi proſpicitur jure ſine cautione privata, ut oſtendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis ſibi privatim proſpicit. Hoc enim cùm fit, poſterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l. 4. §. ſi ex conventione. 4. de re jud. l. prædia.* 28. *de act. empt.* Et ſic etiam fit in propoſito: nam qui emit, privata cautione ſibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrhatum non debet videri à priore obligatione receſſiſſe, ſed eam magis voluiſſe confirmare. Hanc ſententiam non obſcurè probant Joan. Fab. *hìc*. Cyn. & Bart. *in d. l. contractus.* 17. certius confirmant Oldendorp. *claſſ.* 4. *act.* 2. Vveſemb. *par. n.* 9. Don. *ad d. l. contractus.* 17. *num.* 12. *& ſeqq.* Diod. Tulden. *ad tit. C. quand. lic. ab empt. diſc. num.* 2. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 70. *num.* 2. & conſuetudine receptam teſtatur Buſius ad *l.* 35. *in fin. hoc tit.* In Gallia tamen contraria obtinet, teſte Pacio in *d. l. contractus.* 17. *num.* 12.

Qui recuſat adimplere contractum] Id eſt, qui recuſat inſtitutam emptionem perficere, aut ſtare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis, quæ præcedunt, perſpicuum eſt. *Adimplere* igitur hìc poſitum pro *perficere*; ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere*, *d. l. contractus.* 17. *circa medium*. Cæterum cùm propriè & diſtinctè loqui volumus, emptionem perfici dicimus ſolo conſenſu in mercem & pretium impleri harum rerum præſtatione. Illud ſimplicem perfectionem & conſtitutionem obligationis ſignificat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii, & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. *Pretium autem conſtitui oportet: nam nulla emptio ſine pretio eſſe poteſt. Sed & certum eſſe pretium debet: alioqui ſi inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æſtimaverit, tanti ſit empta, inter veteres ſatis abundeque hoc dubitabatur, conſtaretne venditio, an non. Sed noſtra deciſio ita hoc conſtituit, ut quoties ſic compoſita ſit venditio* Quanti ille æſtimaverit, *ſub hac conditione ſtaret contractus, ut ſiquidem ille, qui nominatus eſt, pretium definierit, tunc omnimodo ſecundum ejus æſtimationem & pretium perſolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus eſt, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo eſſe venditionem, quaſi nullo pretio ſtatuto. Quod jus cùm in venditionibus nobis placuerit, non eſt abſurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.*

NOTÆ.

1. *Nulla emptio ſine pretio*] *l. 5. §. 1. h. t.* quemadmodum nec ſine re, quæ veneat, *l. 8. eod.* Itaque non valet emptio donationis cauſa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cùm dicis cauſa & ἀφοσιώσεως res venditur uno nummo: quæ non vera, ſed imaginaria venditio eſt, *l. 55. eod.* & donationis inſtar indueit, *l. 46. locat. l. 3. l. 9. C. h. t.* Denique nummus unus pretium non eſt, *l. 10. §. ult. de acq. poſſ.* emptionis autem ſubſtantia conſiſtit ex pretio, *l. 72. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptionis ſubſtantiam ex pretio conſiſtere: & quid inde.*
2 *Pretium certum conſtitui oportere, & quando id conſtitutum intelligatur?*
3 *Emptionem non contrahi, cùm definitio pretii generaliter alieno arbitrio permiſſa eſt: ſecus ſi arbitrio certæ perſonæ.*
4 *Quid ſi res vendita ſit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi conſtituent?*
5 *Arbitratoris manifeſtam iniquitatem corrigi poſſe officio judicis.*
6 *Explicatur* l. in lege 24. in pt. locat. *& alia quædam obſervatu digna notantur.*

QUemadmodum ſine re, quæ veneat, nulla 1
emptio intelligitur, *l. 8. h. t.* ita nec ſine pretio, quod viciſſim præſtetur, emptio eſſe poteſt, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa.* 72. *hoc tit.* ubi Papinianus ait, *emptionis ſubſtantiam conſiſtere ex pretio*. Itaque non valet emptio, quæ donationis cauſa contrahitur, *l. cum in venditione.* 36. *l. ſi quis.* 38. *eod.* aut cùm dicis cauſa prætextu pretii quæſito, res venditur uno nummo, *l. ſi quis.* 46. *locat.* quæ non vera, ſed imaginaria venditio eſt, *l. nuda.* 55. *d. l. ſi quis.* 38. *hoc tit. l. imaginaria.* 16. *de reg. jur.* Planè ſi non id actum ſit, ut totum pretium condonetur, ſed res viliore pretio, licet donationis cauſa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam ſi hujuſmodi venditio facta ſit inter virum & uxorem, *d. l.* 38. In pretio duo deſiderantur, unum, ut id certum ſit; alterum, ut conſtituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de poſteriore §. ſeq.

Certum eſſe pretium debet] Quamdiu pretium 2
incertum atque indefinitum eſt, emptio imperfecta cenſetur, nec ulla naſcitur obligatio.

Ita-

Digitized by Google

Itaque ſi emere volenti venditor ſic dicat: *Habebis rem emptam, quanti poſtea æſtimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimverò ſi traditio ſecuta ſit, volunt DD. comm. inde reſultare contractum innominatum: quam ſententiam probat Fachin. 2. *controv.* 1. Buſ. *in l.* 1. *de rer. permut.* contra Pinell. *part.* 2. *rub. de reſcind. vend.* Gomez. 2. *reſ.* 2. *num.* 9. Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel ſimpliciter, cùm ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo conſtat per relationem ad rem certam: veluti ſi ita dicat venditor: *quanti tu emiſti, quantum pretii in arca habeo*. Nam licet hìc pretium in præſentia occultum ſit, & apud contrahentes incertum, re tamen ipſa & in veritate certum definitumque eſt, *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Bene Juſtinianus: *Quæ per rerum naturam certa ſunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta ſint*, §. *pen. ſup. de verb. obl.* Quid ergo ſi venditor ſic dixerit: *Res tibi erit empta juſto pretio*, aut *eo pretio, quod juſtum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & juſti pretii modus incertus eſt: quippe quod conſtitui non poteſt niſi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una & æquabili forma non continetur. Ita poſt DD. comm. Pinell. *d. p.* 2. *num.* 19. *& ſeq.* Gomez. *d. loc. num.* 9. Surd. *deciſ.* Mant. 82. *n.* 14. Fach. 2. *controv.* 1. Aſſentior autem Surdo *d. deciſ. in fin.* & D. Tuldeno *comm. hic. cap.* 4. qui venditionem juſto pretio factam valere exiſtimant in iis mercibus, quibus publicè pretium conſtitutum eſt, ut ſæpe panis, vini, frumenti, carnium aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magiſtratus definit. Hoc enim caſu partes per juſtum pretium non aliud, quàm illud ipſum, quod publicè determinatum eſt, intellexiſſe videri poſſunt. Conſtat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum eſt. Et hinc infert Gomez. *dict. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & ſimilium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

3 *Inter veteres dubitabatur*] Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quaſi res omnis in arbitrium boni viri rejecta cenſeri deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore conſtat. Alii id negavere, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æſtimatione communi, non ex affectu ſingulorum, funguntur, *l. pretia.* 63. *ad leg. Falc.* Fuere denique, qui diſtinguendum exiſtimabant, utrum electum eſſet arbitrium boni viri ſimpliciter, an verò nominatim arbitrium certæ perſonæ. Hanc quæſtionem Juſtinianus *hoc* §. *& l. ult. C. eod.* ita decidit, ut ſi definitio pretii collata ſit in arbitrium certæ perſonæ, puta hoc modo: *Fundus ille tibi emptus eſt, quanti Titius æſtimaverit*, hac conditione ſtaret emptio, ſi perſona nominata pretium definiret. Quod ſi ille, qui nominatus eſt, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla ſit, quaſi nullo pretio conſtituto. Illud autem ſemper conſtitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretii fruſtra conferri, *l. quod ſæpe.* 35. §. 1. *hoc tit.* ne ſcilicet in poteſtate ementis aut vendentis ſit, utrum debeant, an non debeant, *l.* 7. *in pr. eod. l.* 13. *C. eod. l.* 2. §. 3. *quod cert. loc.* Pinell. *dict. part.* 2. *cap.* 1. *num.* 6. Gomez. *d. reſol. cap.* 2. *num.* 19.

Quanti ille æſtimaverit] Arbitrator ſcilicet nominatim electus: nam ſi pretium alieno arbitrio generaliter permiſſum ſit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinitè collata, *l. ſi merces.* 25. *princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus eſt, quanti alii æſtimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam perſonam, *arg. d. l. ult. C. hoc tit.* Pinell. *d. l. n.* 5. Quid verò ſi emptio 4
facta proponatur eo pretio, quantum conſtituent duo periti eligendi, alter ab emptore, alter à venditore? Conſequens eſt ſuperioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hìc quidem certa perſona deſignatur: adeoque eadem hìc incertitudo eſt, quam habet deſignatio juſti pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc ſic interpretamur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quiſque eligeret unum, qui pretium ſtatueret aut juſti pretii modum. Quin fieri etiam poteſt, ut ipſi contrahentes circa electionem peritorum diſſentiant: neque enim hæc peritia certum uſque habet tenorem. Non obſtat *l.* 16. §. *ult. de pign.* nam ibi negotium ſubſiſtit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num.* 6. contra Fachinæum 2. *contr.* 1. & ſententiam communem diſputat D. Tuldenus *comm. hic. cap.* 5. Communis tamen ſententia in foro obtinet, ac conſuetudine hujus ſæculi potiſſimum inter mercatores viget. D. Paul. Buſ. *in l.* 1. *n.* 8. *de rer. perm.*

Omnimodo ſecundum ejus æſtimationem] Hoc idem expreſſum eſt in ipſa conſtitutione Juſtiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamſi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æſtimaverit, quàm valet, dicendum eſt, valere contractum. Sanè ſi arbitrium Titii tam pravum 5
eſt, ut manifeſta ejus iniquitas appareat, conſentiens fere omnium opinio eſt, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi poſſe. Quod ſic accipiendum eſt, corrigi poſſe, non remedio aliquo reſtitutorio, ſed officio judicis, quod actioni bonæ fidei ſubſervit, exemplo ſocietatis. Ut enim ſi partibus ſocietatis definiendis arbiter electus partes manifeſtè iniquas conſtituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur, inſtituta actione pro ſocio, *l. in propoſit.* 78. *& ſeq. pro ſoc.* ita quoque ſi pretio declarando ſumptus in contractu emptionis; apertè iniquum, & nimis ma-

Digitized by Google

gnum definierit, & venditor illud petat, poterit judex oſtenſa iniquitate ex officio id moderari, propter clauſulam ex bona fide. Ita DD. comm. *hic & in d. l. ult. C. eodem*. Quæ ſententia cùm ſit æquitati planè conſentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Juſtinianus, omnimodo ſecundùm æſtimationem arbitratoris pretium ſolvendum eſſe, ut ſcilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifeſta iniquitate, etiamſi ea dimidium juſti pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, reſcindendam ſpeciale remedium comperit, *l. 2. C. de reſc. vend.* Inter quæ hoc intereſt, quod officium judicis locum non habet, niſi cùm re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam ſi juxta factam æſtimationem res tradita ſit & pretium ſolutum, officio judicis corrigi iniquitas non poteſt. Quod ſi ultra dimidium juſti pretii alteruter læſus ſit, hic locus eſt remedio reſciſſorio, *d. l. 2. C. de reſc. vend.* add. Bachov. *comm. hic.* & D. Tuld. *cap. 9.*

Pro nihilo eſſe venditionem] Igitur in propoſito non recurritur ad arbitrium alterius, tamquam electum ſit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Juſtinianum in partibus ſocietatis definiendis obtinuiſſe conſtat, *l. ſi coita. 75. pro ſoc.* Quin etiam Ulpianus generaliter reſpondet, non eſſe recedendum à perſona ejus, cujus arbitrium inſertum eſt, *l. ſi quis. 43. de verb. obl.* Neque hic obſtat, quod ſcriptum eſt, *l. in lege. 24. pr. locat.* ſi in lege locationis comprehenſum ſit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehenſum videri: nam iſtic non contractus aut ſubſtantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, ſed mercede pro opera conſtituta & ſic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas ſeu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujuſmodi ſpecie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præſtetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de cauſa ſi quid accidentale (nam eſſentialia non poſſunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permiſſum ſit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus ſuſtineatur; qui fruſtraneus foret, ſi perſona contrahentis tantùm comprehenſa intelligeretur; quippe in cujus poteſtate ſit, non arbitrari, *l. 7. pr. hoc tit. d. l. 24. locat.* In teſtamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum eſt, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & ſive is, in cujus arbitrium collatum eſt, arbitretur, ſive non arbitretur, ſemper utile ſit, *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et in locationibus] *d. l. ult. C. hoc tit.* Verba pæne integra conſtitutionis Juſtiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Cajum in *l. merces. 25. princ. loc.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

In quibus pretium conſiſtat. Differentia emptionis & permutationis.

2. *Item pretium in numerata pecunia conſiſtere debet. Nam in ceteris rebus, an pretium eſſe poſſet, valde quærebatur, veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium eſſe poſſit? Et Sabinus & Caſſius etiam in alia re putabant pretium poſſe conſiſtere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque ſpeciem emptionis & venditionis vetuſtiſſimam eſſe. Argumentoque utebantur Græco Poeta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum ſibi comparaſſe ait permutatis quibuſdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο παρέστασαν οἶνον ἄγουσαι.
Ἔνθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοὶ,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
Ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόεσσιν.
Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Hoc eſt.

Avecta è Lemno tunc vina fuere carinis.
Inde capillati ſibi vina parare Pelaſgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipſis pletique juvencis,
Pars quoque mancipiis.

Diverſæ ſcholæ auctores contra ſentiebant; aliudque eſſe exiſtimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non poſſe rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res veniſſe, & quæ pretii nomine data eſſe: nam utramque videri, & veniſſe & pretii nomine datam eſſe, rationem non pati. Sed Proculi ſententia, dicentis, permutationem propriam eſſe ſpeciem contractus à venditione ſeparatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis verſibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiſerunt, & in noſtris Digeſtis latius ſignificatur.

NOTÆ.

2. *Permutatione rerum emptionem contrahi*] Permutatio inſtar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cùm permutatum eſt, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. §. pen. de ædil. edict.*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο] Atqui hunc verſum non habent editiones pleræque, ac ne Accurſiana quidem,

dem, ubi verſus incipiunt à verbis: ἔνθεν δ' οἰνίζοντο κ. τ. λ. additurque, *græca hæc eſſe, quæ non leguntur*. Sed nec Theophilus hunc verſum agnoſcit, nec Paullus *l.* 1. §. 1. *ff. de contr. empt.* Hein.

Anteriores D. Principes] Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

Commentarius.

1 *Summa diſpoſitionis Pauli in* l. 1. hoc tit.
2 *Pretium in alia re, quàm pecunia numerata, conſtitui non poſſe, ex ſententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus eſt, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Uſum pecuniæ ſignatæ perantiquum eſſe.*
5 *Quibus & quàm validis rationibus Proculus demonſtravit, emptionem & permutationem planè diverſa eſſe?*
6 *Defenditur Sabini & Caſſii ſententia.*

1 Antiquiſſima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res neceſſarias permutatio fuit: quæ cùm duo hæc incommoda haberet, unum, quod non ſemper concurrebat, ut quod alter haberet, alter deſideraret; alterum, quod etſi concurreret, inæqualis tamen rerum eſſet æſtimatio: invento tamdem nummo, quo res cæteræ æſtimarentur, & qui menſura eſſet omnium, his difficultatibus occurſum eſt, cœperuntque homines res ſibi neceſſarias comparare, pretio earum in nummis ſeu pecunia numerata viciſſim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & ſecundum Nervæ ac Proculi ſententiam à permutatione multum diſtat. Hæc ſumma eſt diſputationis Pauli in *l.* 1. *hoc tit. & hujus loci.*

2 *In numerata pecunia*] Alterum, quod in pretio deſideratur, eſt, ut illud conſiſtat in nummis ſeu numerata & ſignata pecunia. In aliis rebus pretium non poſſe conſiſtere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex ſententia Nervæ & Proculi pridem placuit. *hoc text. l.* 1. §. 1. *eod. l.* 1. *de rerum permut. l.* 9. *C. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm.* Enim vero ſi pretium ab initio in pecunia numerata conſtitutum fuerit, conſentienti poſtea venditori etiam aliæ res in ſolutum dari poteſt, contractu non mutato, *l.* 9. *C. de reſcind. vend.* quippe circa formam & diſtinctionem contractuum initium, non exitum, ſpectamus, *l.* 1. §. *idem Pomponius.* 13. *depoſ.*

3 *Sabinus & Caſſius etiam in alia re*] Sabinus & Caſſius putabant, non tantùm in pecunia numerata, verùm etiam in quavis alia re pretium conſiſtere poſſe, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem ſententiæ ſuæ hoc argumento: Si emptio & venditio jam tum in uſu erat, cum nondum eſſet nummus, nihil obſtat, quominus & poſt repertos nummos ſine iis conſiſtat, &c. Aſſumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib.* 7. *Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum ſibi comparaſſe ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo οἰνίζεσθαι, quod eſt οἶνον ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari*. Alium locum ejuſdem Poetæ, & qui magis pro hac ſententia facit, Paulus, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* ſubminiſtrat ex libro 1. *Odyſſ. circa fin.*

Τήν ποτε Λαέρτης πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id eſt, *quam* (Euricleam ancillam) *olim Laertes emeras poſſeſſionibus ſuis*. Nerva verò & Proculus contra diſputabant, pretium non niſi in nummis poſſe conſiſtere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre; quibus etiam cæteri fere aſſenſerunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Caſſii ex Homero non putabant eſſe magni ponderis. Nam verbum πρίαμαι eſſe ambiguum, quod pro ſubjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari poſſit: & ideo apud Poetam *d. loc.* ad permutationem potius quàm ad emptionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Illa quidem,

πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum πρίαμαι proprietate & vi ſua non poteſt ad alium contractum, quàm ad emptionem referri: & tamen emptio iſta ſine nummis facta eſt, ſive verba Homeri ſic interpretere, *emit poſſeſſionibus*, aut *facultatibus ſuis*, id eſt, *de ſuo*, ſive ut alii, *emit & emptam præfecit facultatibus ſuis*, ut ſubaudiatur præpoſitio ἐπὶ: quoniam mox ſubjicit Poeta, pretium datum eſſe viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem ſatis eſſe videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuiſſe: quippe cum Poetæ, dum metro ſerviunt, verborum proprietatem ſæpe negligere cogantur. Inſpicienda ſemper eſt rei veritas, quam ſi ſequimur, ſtatuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non eſſe, niſi nummi intervenerint, etiamſi dictum ſit, me fundo meo emiſſe fundum tuum & ideo Plinius *lib.* 33. *c.* 1. ex Homero eamdem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropriè loqui credendus eſt, cùm dicit, Græcos *vinum* emptitaſſe *coriis boum*, &c. Illud ex antiquis hiſtoriis, adeoque ex ipſa hiſtoria Moſis *Geneſ. c.* 23. *& c.* 42. *cum aliquot ſeqq.* 4
conſtat, uſum nummi & ſignatæ pecuniæ antiquiſſimum eſſe, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *lib.* 7. *c.* 56. ſcribit, Liberum Patrem primum inſtituiſſe emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Moſis fuiſſe dicitur multo ante bellum Trojanum, quamquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longè recentior fuiſſe fertur. Strabo *lib.* 8.

Diverſæ ſcholæ auctiores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re conſiſtere poſſe, quàm in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diverſam eſſe ſpeciem contractus à permutatione. Sic verò illi argumentabantur. In con-

Vinnius in Inſtitut. Aaa 3

Digitized by Google

5 contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo diſtincta eſſe oportet, pretium, & mercem: ſicut enim aliud eſt emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem eſſe. At in permutatione uti diſcerni non poteſt, uter emptor, uter venditor ſit, ita nec utra res videatur veniſſe, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & veniiſſe & pretii nomine datam, *l.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit. l.* 1. *de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ ſententia tandem obtinuit, & conſtitutionibus Principum comprobata eſt, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l.* 1. *de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, ſed ſufficit ei ad evictionem ſe obligare, poſſeſſionem tradere, & purgari de dolo malo: itaque ſi evicta res non ſit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l.* 1. *pr.* junct. §. 3. 2. Quod in emptione ex nuda conſentientium voluntate obligatio naſcitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §. 2. *ejuſd. l.* congruit *l.* 3. *C. eod.* Sed utrumque hoc eſt à civili jure Romanorum.

Aliis Homericis verſibus] Puto, eos verſus ſignificari, quos Paul. *l.* 1. §. 1. *h. t.* citat ex *lib.* 16. *Iliad.* ubi Poeta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutaſſe cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβειν, quod eſt proprium permutationis. Eoſdemque verſus in hanc ſententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poetæ, quem dici poteſt, dum metro ſervire cogitur, verborum proprietatem inſuper habuiſſe.

Validioribus rationibus] Validiſſimum illud argumentum eſt, quod in contractu emptionis res & pretium diſtincta eſſe debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen neceſſario inde ſequi videtur, pro re non poſſe aliam rem ut pretium dari, ſed opus eſſe pecunia ſignata: alioqui emptionem non eſſe, ſed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique &

6 Nervæ ſententia ſpecioſè diſputantur. Cæterum ſi, quod res eſt, fateri, & liberè philoſophari volumus, verior eſt illa Sabini & Caſſii, qui rebus etiam invicem permutatis rite venditionem perfici dixerunt, eamque eſſe antiquiſſimam emptionis & venditionis ſpeciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium à merce diſtinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipſis, quæ dabantur, tum ex animo & propoſito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei ſuæ diſtrahendo permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. Æs, ferrum, aurum, argentum rude pro pretio erant: ſed & per boves quoque rerum æſtimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in caſtra Achæorum adchebatur, merx erat, qui advehebant venditores, Achæi autem emptores; pretium, quo vinum ſibi comparabant, æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c. Didymus in Homer. οἰνίζοντο οἶνον, ὠνοῦντο. Laertes emptor Eurycleæ, pretium viginti boves. Idem Poeta arma Glauci & Diomedis pretio æſtimans dicit, illum ἑκατόμβοια, hunc ἐννεάβοια habuiſſe. Quod ſi negamus, permutationem veteribus uſitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in ſuis permutationibus diſtincta nominibus agnoſcunt emptorem, venditorem, mercem, pretium, ὠνὴν πρᾶσιν, ὦνον φόρτον? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ ſignatæ res alia, pura æris, argenti aut ferri rudis maſſa, aut quid aliud, quod in ἀντίδοσιν detur pretio fungi queat, licet ex nummi uſu certius hæc diſtincta? Eſt tamen ſpecies aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diverſa, & in qua nullo modo diſcerni poteſt, uter emptor, uter venditor ſit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem ſuam cum altero permutat, qui nec ipſe rem alienam emptam velit; ſed cùm ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, ſi de commutando invicem convenerint, veluti ſi arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo forte commutentur: quod genus permutationis Græcis propriè ἀμοιβὴ, Gallis *troq*, Batavis *rupling*, appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fuſius in hanc ſententiam diſſerit doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. c.* 13. & tanto judice in hac quæſtione vincit ſchola Caſſii & Sabini. VINN. Specioſa hæc magis quàm ſolida. In permutatione adfectio magnis regnabat: in emptione ad juſtam æſtimationem reſpicitur. Nimirum antequam nummus inventus eſſet, nullius rei certa erat æſtimatio, deficiente quippe menſura communi, qua omnium rerum quantitas moralis æſtimaretur. Permutabant itaque homines res neceſſarias, non quaſi ejuſdem pretii eſſent, ſed quod par in utraſque caderet affectio. Et hujuſmodi permutationem vel ἀμοιβὴν rectè Proculus emptionem venditionem dici poſſe negabat, quum hic nullum eſſet verum pretium, nulla rei æſtimatio. Aſt ſemel conſtituto pretio eminente, id eſt, nummo, etiam permutatio ita fieri poteſt, ut res permutandæ prius certo pretio æſtimentur, & tunc res pro pretio veluti in ſolutum dentur, e. g. Si mercator unus piper ſuum æſtimet mille aureis, & alter in hoc pretium conſentiat: hic porro vini quantitatem eodem pretio æſtimet, & alter in illud conſentiat, facta ſanè permutatione harum mercium dici poteſt, emptionem venditionem mutuam factam, & utrum-

utrumque merces pro pecunia in ſolutum dediſſe. Sed de hujuſmodi permutatione non diſputarunt Proculus & Sabinus. Hein.

Textus.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cùm autem emptio & venditio contracta ſit, (quod effici diximus ſimul atque de pretio convenerit, cùm ſine ſcriptura res agitur,) periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc ea res emptori tradita non ſit. Itaque ſi homo mortuus ſit, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliqua ex parte ablatus ſit, ſive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior eſſe cœperit, emptoris damnum eſt, cui neceſſe eſt, licet rem non fuerit nactus, pretium ſolvere. Quicquid enim ſine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor ſecurus eſt. Sed & ſi poſt emptionem fundo aliquid per alluvionem acceſſerit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt. Quod ſi fugerit homo, qui veniit, aut ſurreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an cuſtodiam ejus uſque ad traditionem venditor ſuſceperit. Sanè enim ſi ſuſceperit, ad ipſius periculum is caſus pertinet: ſi non ſuſceperit, ſecurus eſt. Idem & in cæteris animalibus, cæteriſque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emptori: quia ſanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipſe dominus eſt. Idem etiam eſt de furti, & de damni injuriæ actione.*

Notæ.

3. *Cùm ſine ſcriptura*] Et purè: nam ſi ſub condirione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta ſit: & ideo interim periculum venditorem reſpicit; *l. 7. h. t. l. 8. de per. & comm. rei vend.* cui reſpectu periculi ſimilis venditio vini, olei &c. pretio in ſingulas amphoras aut metretas conſtituto, *l. 35. §. 5. h. t.*

Periculum rei venditæ] Id eſt, certæ ſpeciei. Aliud eſt, ſi quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non poteſt, *l. 11. C. ſi cert. pet.*

Emptori tradita non ſit] Dummodo culpa aut mora vendirionis non interceſſerit, *l. 23. l. 91. §. 3. de verb. obl.*

Sine dolo & culpa] Emptio & venditio eſt contractus, in quo utriuſque utilitas verſatur. Iraque ex natura horum contractuum venditor non niſi dolum & culpam præſtat, *l. 5. §. 2. commod.*

Damni injuriæ] Ex lege Aquilia, *v. inf. lib. 4. tit. 3.*

Commentarius.

1 *Summa juris conſtituti de periculo & commodo rei venditæ.*

2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo ſtatuendum?*

3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam caſum fortuitum intelligi, ſed non ſemper.*

4 *Quid ſi res vendita, quæ pondere, numero, menſura conſtet?*

5 *Quid ſi vinum, quod veniit, deguſtatum ſit, nondum admenſum?*

6 *Conventione naturam contractus immutari poſſe: & quid ſi culpa aut mora venditoris intervenerit?*

7 *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum ſtatim ad emptorem pertinere.*

8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ ſententiæ, & explicatur* l. 33. locat.

9 *Quid juris apud nos ex conſtitutione Caroli V. 1529.*

10 *Venditorem levis dumtaxat culpæ, non etiam leviſſimæ nomine teneri, niſi cuſtodiam rei in ſe ſuſceperit.*

11 *Cur vindicatio rei & cæteræ actiones hìc memoratæ ante traditionem emptori non competant, ſed à venditore ei præſtandæ?*

INtroducitur hoc loco quæſtio de periculo &
commodo rei venditæ & nondum traditæ,
ad utrum interim utrumque pertineat, ad ven-
ditoremne, an ad emptorem. Quæſtio inſignis,
& quæ ſeparatim propriis *tit. in ff. & C.* expli-
cari meruit. Summa juris de hac ſpecie con- 1
ſtituti hæc eſt: Placet, ſimul atque emptio per-
fecta eſt, licet res nondum tradita ſit, omne
commodum, & viciſſim omne periculum atque
incommodum rei, quod ſine facto venditoris
contingit, emptorem ſequi. Sententia innume-
ris locis tradita, *l. 7. l. 8. de per. & comm. rei
vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. C. eod. l. quod ſæ-
pe. 35. §. ſi res. 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de reſc. vend.
cum ſimilibus, & hoc text.* Quamobrem neceſ-
ſario ſciendum eſt, quando emptio perfecta cen-
ſeatur: tunc enim ſciemus, cujus periculum
aut commodum ſit. Et quidem ſi pura eſt em-
ptio, & ſine ſcriptura negotium geritur, ſta- 2
tim ea perfecta intelligitur, ut de pretio con-
venit: ſi in ſcriptis rem geri placuit, inſtru-
mento contractus rite confecto; tunc enim ob-
ligatio conſtituta eſt, à qua ſine communi con-
ſenſu recedere non licet; ſed hoc ſolùm reſtat,
ut partes fidem contractus impleant, emptor
pretium perſolvat, venditor rem tradat, ad

quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli poteſt, de quo uberius explicatum eſt in *princip. hujus tit.* Quod ſi ſub conditione emptio contracta ſit, tunc ea perficitur, cùm impleta fuerit conditio, *l. 7. l. ſi quis. 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod.* Itaque ubi purè res venit, ſtatim periculum & commodum ad emptorem reſpicit: ubi ſub conditione, cùm conditio extiterit: nam ſi defecerit conditio, nulla eſt emptio: pendente autem conditione, quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet, ut tamen ſi res adhuc extet, licet caſu aliquo deterior facta, placeat, hoc damnum emptoris eſſe: diſtinctio tradita in *d. l. 8. de peric. & commod. rei*
3 *vend.* facit. *l. 10. eod. l. 5. C. eod.* Qui verò periculum dicit, is quidem plerumque etiam caſum fortuitum intelligit, *l. 4. l. 11. de reb. cred. l. ſi gratuitam. 17. §. 1. 2. pen. de præſcr. verb. l. 12. cum 2. ll. ſeqq. de peric. & commod. l. 1. C. de commod. l. 9. C. de pign. act.* ſed non ſemper. Nam interdum etiam periculo noſtro res eſſe dicitur, in qua culpam præſtamus, & maximè leviſſimam, non etiam caſum improviſum, *l. 13. §. 1. de lib. cauſ. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam. 25. pro ſoc. l. 14. §. qualis. 16. de furt. l. 1. §. ſæpe. 35. depoſ. l. 3. pr. naut. caup. ſtab.* & paſſim hæ phraſes occurrunt, *periculum cuſtodiæ ſubire; periculo culpæ, negligentiæ ſubjici, adſtringi, illigari, l. un. §. quod ſi. 4. furt. adv. nau. caup. l. tutores. 39. §. tutores. 12. & l. ſeq. de adm. tut. d. l. 1. §.*
4 *ſæpe. 35. depoſ.* In quæſtione propoſita prior ſignificatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea ſervantur, quæ in cæteris, ita ut ſimul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamſi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, (utique ratione periculi) quàm ſi admenſæ, appenſæ, adnumeratæ ſint. Eſt verò in his rebus probata hæc diſtinctio, ut ſi omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio ſeu averſione venierit, idem juris ſit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, ſtatim ut de pretio convenit. Quod ſi hæc non uno pretio, ſed ita venierint, ut in ſingulas amphoras vini, in ſingulas metretas olei, in ſingulos modios frumenti, in ſingulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quantum ad periculum perfecta videatur venditio, quàm res hujuſmodi adnumeratæ, admenſæ, appenſæve ſint, quaſi venditio ſub hac conditione contracta ſit: textus elegans in *l. quod ſæpe. 35. §. in his. 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & commod. rei vend.* Ergo ſi quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem id pertinebit, quaſi imperfecta adhuc emptione, *l. 1. de peric. &*
5 *commod. d. l. 2. C. eod.* Quid autem dicimus, ſi vinum deguſtatum ſit, ſed nondum admenſum? Non poterit verum eſſe, quod dici ſolet, pleniſſimè videri veniiſſe vinum, cùm fuerit deguſtatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem ſpectare, *d. l. 1. de peric. & commod.* Id enim tunc rectè dicitur, cùm ſingulatim emptæ ſunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio eſt. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam cauſam eſſe deguſtandi vini, aliam metiendi: guſtum enim ad id tantùm proficere, ut improbare liceat; menſuram verò non ut plus vel minus veneat, ſed ut appareat, quantum ematur, *l. ſi in emptione. 34. §. alia cauſa. 5. hoc tit.* Proinde facta etiam deguſtatione, cùm nondum perfecta emptio eſt, periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris non minus quàm ſubſtantiæ, ſpectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè ſi emptor vina deguſtaverit, & malè probaverit, jam tum forte acida aut mucida, de ſe queri debebit, nec eo ſolo prætextu, quod nondum perfecta ſit emptio, ea improbare poſtea poterit, quæ ſemel probavit, *l. ſi vina. 15. de peric. & commod.* vid. Gloſſ. & DD. *in d. l. quod ſæpe. 35. §. 4. & 5. hoc tit. & ad l. 1. π. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* Gomez. *2. variar. reſolut. cap. 2. num. 32.* Afflict. *deciſ. 280. num. 4. & deciſ. 399.* Ant. Capue. *dec. Neap. 14.* elegantèr Anton. Fab. *C. ſuo de per. & commod. rei vend. defin. 1.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 74.* Atque ita quidem, ut diximus, res ſe habet ex natura contractus. Cæterum ſciendum eſt, naturam contractus poſſe immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod poſt perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, ſed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, *l. 1. l. 10. de per. & commod. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus. 23. de reg. jur.* Præterea regulam, ſecundum quam periculum poſt perfectam venditionem ad emptorem reſpicit, non ſequimur, ſi res perierit, aut deterior facta ſit culpa venditoris: ſed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriuſque utilitas verſatur, ut dolum & culpam venditor præſtet, *l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur.* Pertinet huc ſpecies *l. 12.* junct. *l. 14. in princ. de peric. & commod.* Poſtremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam poſt perfectum contractum venditor ſubjiciatur, *l. 4. l. ult. C. eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, ſi poſtea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *l. illud. 17. d. tit.* eſtque hoc jus commune omnium debitorum, *l. 5. de reb. cred. l. ſi ex legati. 23. l. ſi ſervum. 91. §. 3. de verbor. obligat.*

Periculum rei venditæ ad emptorem ſtatim pertinet] Hoc conſtanter à veteribus traditum eſt, cum

Digitized by Google

tum omnibus illis locis, quos ſuperius in hanc ſententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut *l.*10.§.1.*l.*11.*de per.& commod. l.* 2.§. 1. *l.* 4. §. *idem.* 4. *de in diem addict. l. ſi ea res.* 31. *de act. empt. l. ultim. de cond. ca. dat. l.* 15. *de jur. dot. l.* 11. §. *planè.* 9. *& ſeq. quod vi aut clam. l. ſolutuſus.*39. *de ſolut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam caſus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præſtantur, *l.*6.*C.de pign. act.* immo in univerſum nullo judicio, *l.* 23. *de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriuſque gratia ſiunt, venditor non niſi dolum & culpam in re vendita præſtat, *l.* 5. §. 2. *commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, ſi ea res ſine culpa eorum perierit, *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl. l.* 5. *de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is ſecundum naturæ regulam & incommodum
8 ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic ſententiæ *l.* 9. *C. de pign. act.* ubi Impp. conſulti, ſi res pignori data caſu perierit, utrius id detrimentum ſit, debitoriſne, an creditoris? reſpondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit ſententiam, ut neceſſe ſit rem perire ei, qui rei dominus eſt. Hoc autem ſi verum eſſe fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim eſſe, eamque non emptori perire, ſed venditori, utpote qui rei dominus maneat uſque dum tradita ſit, *hoc* §. *in fin.* Reſpondeo, male ex *d. l.* 9. generaliter colligitur, rem ſemper perire ſuo domino; ſed hoc rectè, perire ſuo domino, ſi idem dominus ſit & creditor in ea re, id eſt, cui res ex obligatione reſtitui debet: uti accidit in re depoſita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione ſortis debitor dicitur, ſed in repetenda re pignorata creditor eſt. In his, inquam, omnibus rectè dicitur, ſi res debita caſu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem eſt creditor qui dominus: eſt autem regula certi & perpetui juris, ſi res debita ſine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l.* 5. *de reb. cred. l.* 23 *de verb. obl.* At ex diverſo, ſi idem qui dominus rei eſt, ſit & debitor ejuſdem rei, puta ex cauſa legati, ſtipulationis aut venditionis, ſemper adverſario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, ſecundum quam creditori res perit, etiamſi dominus non ſit, debitori non perit, quamvis idem ſit dominus, *dd. loc.* Unus locus Africani in *l. ſi fundus* 33. *locat.* turbavit ſummos viros, Cujac. *tract.* 81. *ad African.* Botchols. Vultejum *hic*, ut contra tot expreſſos textus & manifeſtam rationem juris putarint, & docuerint, periculum rei venditæ, uſque dum tradita ſit, ad venditorem pertinere. Ego verò nihil video apud Africanum, quod hanc ſententiam juvet. Ait Africanus: *Si fundus venditus prius, quàm vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium reſtituat.* Igitur in ſpecie illic propoſita res propriè non perit, ſed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cùm evenit, tenetur venditor actiones ſuas emptori præſtare, *l.* 14. *pr. de furt. & in calce hujus* §. Quod ſi nullas actiones venditor habeat, aut, ut in caſu *d. l. ſi fundus.* 33. culpa ſua inanes, ob hoc ipſum damnandus eſt, *l. quod ſæpe.* 35. §. 4. *hoc tit.* utique uti pretium reſtituat, *d. l. ſi fundus.* 33. Rectè autem DD. ſtatuunt, in ſpecie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris; nam ut forte injuria judicis id factum ſit, tamen contraria præſumptio eſt, debetque hoc factum potius venditori nocere, adverſus quem ſententia lata eſt, quàm emptori, *l. ſi per.* 51. *de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, ſaltem teneri venditorem, ut pretium reſtituat, non etiam ut id præſtet, ſi quid pluris emptoris interſit, ut ſit, cùm res judicio evicta eſt, *l. ſi in venditione.* 60. *l. evict.* 70. *de evict.* Sed & ſi fundus uſus publici gratia in ſpecie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum eſt, ut venditor pretium reddat, cùm eo caſu à fiſco iterum tantumdem accipiat. Vinn. Sed nihil horum in textu *l.* 33. *ff. locat.* exprimit Africanus. Nec enim culpa venditoris fundum publicatum ait, nec uſus publici cauſſa. Rectius crediderís fundum nullo venditoris merito, ſola belli injuria publicatum, qualia exempla ſunt apud Virgil. *Eclog.* 1. nec non in *l.* 11. *ff. de evict. & l.* 15. *de rei vind.* Hoc caſu enim nulla nec naturalis, nec civilis ratio eſt, cur injuria venditori facta ejus perſonam egredi, & emptori nocere debeat. Rem expedivit V. C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand. lib.* 18. *tit.* 6. *p.*416 *ſequ. Tom.* 11. *Op.* Hein. Hæc autem diſpoſitio juris civilis circa periculum rei venditæ & 9
necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: ſed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magiſtratu loci rite factam periculum æquè ad emptorem ſpectet, dubitatur propter conſtitutionem Caroli Quinti editam anno 1529. qua conſtitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non eſt coram judice loci, ubi res ſita, aut ſi ſint bona feudalia, coram partibus Curiæ, Grot. 2. *introduct. cap.* 6. paucis caſibus exceptis, vid. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit.* 23. *lib.* 3. *Inſtit.* Agitata fuit hæc quæſtio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique cenſuere, Carolum Principem hac ſua conſtitutione etiam in hoc à jure communi receſſiſſe, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quamquam Senatus nihil definivit, ſed propter opinionum varietatem amplius deliberandum cenſuit, *deciſ. Cur. Holland.* 32. Groenevv. *dict. tract. ad hunc* §. memorat, Curiam poſtea judicaſſe, nihil juri ſcripto in eo, de quo quæritur, per dict. conſtitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus eſſe debet, cujus periculum eſt] Secundum naturam eſt, commoda cujuſque rei eum

eum ſequi, quem ſequuntur incommoda, *l. 10. de reg. jur.* proinde cùm omne incommodum rei venditæ, quod poſt perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, juſtum & æquum eſt, ut viciſſim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem ſequantur, *l. 7. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. eod.* veluti ſi quid poſtea fundo vendito acceſſerit per alluvionem, *hoc text. & dict. l. 7.* item fœtus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empt. l. 8. de evict.* fructus etiam jam maturi, *l. 13. §. ſi fructibus. 10. l. qui pendentem. 25. de act. empt. l. fructus. 13. C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis; penſiones ex locatione, *d. l. 13. §. item. 13. de act. empt.* add. Don. *ad l. 1. C. de per. & comm. rei vend.* Gomez. *2. reſ. 2. num.* 11. Covar. 1. *reſol.* 15. & Chriſtin. *volum. 3. deciſ.* 74.

Quod ſi fugerit homo, &c.] Non tantùm ſi res vendita perierit aut deterior facta ſit, damnum emptoris eſt; verùm etiam ſi ex poteſtate venditoris exierit, ut tradere eam non poſſit: veluti ſi fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res quælibet ſurrepta amiſſave fuerit. Eſt verò eadem hìc probata diſtinctio, quæ in caſu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet, ut ſi culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum ſit; ſi culpa venditor careat, emptoris, *l. quod ſæpe. 35. §. ſi res. 4. h. t. l. ſi ea res. 31. de act. empt. & hoc text.*

10 *An cuſtodiam ejus uſque ad traditionem*] In contractibus, in quibus utriuſque verſatur utilitas, cujus generis eſt emptio venditio, præſtatur dolus & culpa, *l. 5. §. 2. commod.* ac proinde etiam cuſtodia & diligentia à venditore exigitur, non utique ſumma & exactiſſima, ſed media, id eſt, talis, qualem vulgo bonus & frugi paterfam. rebus ſuis adhibet: quam ſi præſtiterit, ſecurus eſſe debet, *d. l. quod ſæpe. 35. §. 4. h. t.* Non obſtat *l. 2. in fin. aut l. 3. de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant, venditis; in quibus non ſemper nudus conſenſus venditionem perficit, *l. 1. §. 1. d. tit. d. l. quod ſæpe. 35. §. 5.* Fuſius hoc jam ante explicui. At enim verò ſpeciali conventione arctius venditor obligari poteſt, puta, ut præſtet etiam ſummam diligentiam ac cuſtodiam majorem, quàm natura contractus deſiderat, *l. contractus. 23. de reg. jur.* Quod tunc etiam agi intelligitur, cùm venditor cuſtodiam rei in ſe ſuſcipit, id eſt, cùm convenit, ut venditor cuſtodiam præſtet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cùm, ut jam dictum eſt, mediocris cuſtodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præſtetur. Itaque cuſtodiam in propoſito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην, cuſtodiam majorem, quàm natura contractus deſiderat. *fac. l. qui mercedem. 40. locat.*

11 *Si non ſuſceperit, ſecurus eſt*] Suſcepta rei venditæ cuſtodia nihil venditorem excuſat præter caſum & vim majorem: non ſuſcepta excuſatur, ſi ſine dolo aut culpa ejus ſervus fugerit, res ſurrepta aut amiſſa ſit, *d. l. quod. ſæpe. 35. §. 4. h. t. l. ſi ea res. 31. de act. empt.* Intellige hactenus, ut cùm eo agi ex empto non poſſit, ut rem tradat, aut ſolvat intereſſe: nam ad alia adhuc tenetur, quæ ſine incommodo ſuo præſtare poteſt, ut mox audiemus.

Utique tamen vindicationem, &c.] Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in caſu cuſtodiæ ſuſceptæ, leviſſima negligentia nihil factum eſt, re amiſſa aut ſurrepta hactenus ſecurus ſit, ut conveniri actione ex empto non poſſit, ut rem tradat, aut præſtet intereſſe; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod ſæpe. 35. §. 4. hoc tit. l. ſi ea res. 31. de act. empt. l. 14. pr. l. ſi vendidero.* 80. *de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem] Condictionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cùm res furto ablata eſt. Neutra harum actionum alii competit, quàm domino, ut videbimus *inf. §. 1. de act. & §. ult. de obl. quæ ex del.* Et hæc cauſa eſt, quod emptori in propoſito competere non poſſunt: quippe qui dominus non eſt, ut mox ſequitur.

Adhuc ipſe dominus eſt] Venditor rei venditæ dominium retinet uſque ad traditionem, *d. l. 14. pr. de furt. l. ſi ager. 50. de rei vind.* adeoque in univerſum ita jus eſt, ut non nudis pactis aut contractibus, ſed traditionibus dominia rerum transferantur, *l. 20. C. de pact.* Quinimmo etſi res emptori tradita ſit, dominium tamen à venditore non recedit, antequam ei ſatisfactum ſit, *l. quod vendidi. 19. h. t. §. venditæ. 41. ſup. de rer. div.* ubi hoc à nobis explicatum eſt.

Idem eſt de furti & damni injuriæ actione] Non ſolùm condictio re vendita ante traditionem furto oblata, venditori competit, ſed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio ſoli domino detur; ſed quia rem non emptori, ſed venditori ſurreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum intereſt rem ſalvam eſſe, ſi videlicet his ipſis ſurrepta ſit. Et igitur cùm hìc ſolus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l. 14. pr. l. ſi vend. 80. de furt.* Damni injuriæ actio lege Aquilia conſtituta eſt, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio ſoli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in propoſito competit, & emptori cedenda eſt. De damno injuria dato agitur *inf. lib. 4. tit. 3.*

TEXTUS.

De emptione conditionali.

4. *Emptio tam ſub conditione, quàm purè contrahi poteſt. Sub conditione, veluti,* Si Stichum intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

No-

Notæ.

4. *Tam ſub conditione.*] *l.* 7. *h. t. l.* 8. *de per. & comm. &c.* Poteſt & purè ſic contrahi, ut ſub conditione reſolvatur, *l.* 3. *eod. l.* 6. *C. de reſc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ, quarum altera addictio in idem, altera lex commiſſoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict.* & *tit. de leg. commiſſ.*

Commentarius.

1 *Emptionem contractam ſub hac conditione, ſi res emptori intra certum tempus placuerit, valere, non valere indefinitè ita contractam, ſi emptori placebit: & cur tam variè?*

2 *De retractu conventionali & legitimo remiſſivè.*

3 *In diem addictio & lex commiſſoria quomodo tranſigantur?*

Contractuum omnium hoc commune eſt, ut non purè tantùm, ſed etiam ſub conditione initi poſſint. At enim verò hujuſmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non temere in ullo contractu, ſi venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens eſt: nemo enim facile aliquam rem emit, puta ſervum, equum, vinum, ſine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cùm res ita veniit, ut eſſet empta tot aureis, ſi intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium conſenſum eſt, ſed obligatio conditione ſuſpenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut ſi intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio conſtituta ſit: ſin minus, nulla videatur obligatio fuiſſe. Itaque non eſt contrarium, quod
1 placet, hujuſmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod ſæpe.* 35. *h. t. l.* 13. *C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumſcriptam voluntatem emptoris: quod fieri non poteſt, ne ſemper in poteſtate ſit emptoris, utrum obligetur, necne, *l.* 7. *h. t.* At in caſu noſtro arbitrium emptoris non eſt perpetuum, ſed concluſum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quanti voles; Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipſa ſubſtantia contractus, vel quod de ſubſtantia eſt, quod inutiliter fieri conſtat, *d. l. quod ſæpe.* 35. §. 1. & *d. l.* 13. In caſu autem hìc propoſito, ubi de re & pretio jam convenit, non de ſubſtantia negotii aut parte aliqua ſubſtantiali arbitrium emptori datur, ſed de rei in conventionem deductæ qualitate dumtaxat, puta bonitate, colore, ſapore, aut ſimilibus accidentibus, quæ cum rei probatione improbationeve, arbitrio contrahentium permitti poſſunt, Gomez. 2. *var. reſol.* 2. *n.* 19. Porro ut ſub conditione emptio poteſt contrahi, ita & purè ſic contrahi poteſt, ut ſub conditione reſolvatur; cujuſmodi conventionum exempla occurrunt ſub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio eſt, cùm ea lege res emitur, ut ſi intra certum tempus diſplicuerit, liceat reddere, *l.* 3. *h. t. l.* 6. *C. de reſc. vend. l.* 4. *C. de ædil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat: quippe qua conventione non perfectio contractus à voluntate ſuſpenditur emptoris, ſed reſolutio, *l. quod ſi nolit.* 31. §. *ſi quid.* 22. *de ædil. edict.* Gomez. *d. loc. & num. in fin.* Ejuſdem generis 2
eſt & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita reſtituatur, *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend.* & ibi DD. Eſtque hoc pactum, ſeu potius jus eo pacto quæſitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii ſeu legitimi, cujus olim vix uſus, nunc frequens. De utroque retractu ex profeſſo ſcripſit vir Juriſconſultiſſimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum noſtro idiomate *Naeſting* dicitur, quod jus quibus perſonis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet D. Grot. 3. *introduct. ad juriſp. Bat. c.* 16. conſule porro Groenevv. *de ll. abrog. ad l.* 14. *C. de contr. empt. & ibi laudatos*. Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur, 3
propriiſque explicantur *tit. in ff.* addictio in diem, & lex commiſſoria. Addictio in diem his verbis tranſigitur: *Ille fundus centum eſto tibi emptus, niſi quis intra Calendas Januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat*, *l.* 1. & *paſſim de in diem add.* Lex commiſſoria eſt, cùm quid ita venditur, ut, ſi ad diem pretium ſolutum non fuerit, res ſit inempta, *l.* 2. & *paſſ. de leg. comm.* Utroque iſto modo purè contrahitur emptio, & reſolvitur ſub conditione, niſi aliud diſertè placuerit, veluti, ſi in addictione id factum eſt, ut perficeretur emptio, niſi melior conditio offeratur: tunc enim emptio conditionalis eſt. *l.* 2. *de in diem add. l.* 1. & *l.* 2. *de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

Textus.

De emptione rei, quæ non eſt in commercio.

5. *Loca ſacra, vel religioſa, item publica, (veluti forum, baſilicam,) fruſtra quis ſciens emit: quæ tamen ſi pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere*

ei

Digitized by Google

ei liceat, ut conſequatur, quod ſua intereſt, eum deceptum non eſſe. Idem juris eſt, ſi hominem liberum pro ſervo emerit.

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut ſecus?*
2 *Quid juris, ſi uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit?*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non poteſt, *l.* 8. *h. t.* Res hæc ut plurimum certa eſt: nonnunquam tamen & incerta, ut cùm fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur, *d. l.* 8. *l. fiſtulas.* 78. §. *ult. eod.* cui non abſimilis eſt quaſi aleæ emptio, veluti cùm captus piſcium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum eſt, etiamſi decuplo pluris ſit, quàm pretium conſtitutum: ſi nihil inciderit, emptor pretium conſtitutum nihilominus præſtare cogitur, quia ſpei emptio eſt, *d. l.* 8. §. 1. *h. t. l. ſi jactum.*
1 12. *de act. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel poſſidere, vel perſequi poteſt, venditio rectè fit: quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio eſt, *l. ſi in emptione.* 34. §. 1. *h. t.* Ratio perſpicua eſt, quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu.* 80. §. *ult. eod.* & utique ſaltem ad hoc obligatur venditor, ut præſtet, rem habere licere, atque ut uſucapiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Eſt autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta ſunt, in obligationem non magis rectè deducuntur, quàm quæ non ſunt in rerum natura, nec eſſe poſſunt, §. 2. *ſup. de inut. ſtip.*

2 *Fruſtra quis ſciens emit*] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut ſi ſolus emptor ſciat rem, quæ venit, non eſſe in commercio, emptio planè nulla eſt, *l.* 6. *l. ſi in emptione.* 34. §. 2. *l. liberi.* 70. *h. t.* Sed & talis emptio liberi hominis improbata eſt, *cùm ſervus erit*: quamvis enim res futuræ emi poſſunt, tamen fas non eſt hujuſmodi caſus expectari, *d. l.* 34. §. 2. vid. *ſup. d.* §. 2. *de inut. ſtip.* Illud quæritur, an ſi emptor ſciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium ſolutum condici poſſit? Bartolus in *l. cum lex.* 46. *de fidejuſſ.* putat, condici poſſe, *arg. l.* 11. §. *ult. de act. empt.* quod etiam placet Gomez. 2. *reſol. num.* 50. contra Angel. & Fabian. de Monte. Quid juris ſit, ſi res vendita aut pars ejus ſit conſumpta, puta domus vel tota vel ex parte combuſta, docet Juriſconſultus in *l. domum.* 57. *per tot. h. t.*

Deceptus à venditore, &c.] Si locus ſacer, religioſus, publicus, aliave res, cujus commercium non eſt, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet, emptionem contrahi, *l.* 4. *eod.* ſive venditor quoque conditionem rei ignoret, ſive ille ſciat, emptor ignoret ſolus, *l. liberi.* 70. *eod.* Cæterum explicandum hoc eſt ex Modeſtino in *l. qui officii.* 62. §. 1. *eod. & hoc text.* nimirum in propoſito non ita tenere emptionem, ut res ipſa debeatur, aut emptor poſſit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cùm res, quæ extra commercium eſt, haberi, poſſideri nequeat: ſed hactenus tantùm, ut ſi venditor ſciverit qualitatem rei, emptor ignorans poſſit adverſus venditorem ex empto experiri, ut conſequatur quod ſua intereſt, deceptum non eſſe: ut perinde hìc ex dolo ſuo venditor obligetur, ac ſi rem, quæ in commercio ſit, vendidiſſet, doloque feciſſet, quominus eam tradere poſſit; neque enim actio de dolo hìc deſideratur, cùm ſufficiat ex empto: quippe quia cùm res ipſa præſtari nequit, emptor in id quod ſua intereſt, experiri poteſt, *l.* 1. *l.* 11. §. *idem. ait.* 9. *de act. empt.* Quod ſi nec venditor qualitatem rei ſciverit, æquum eſt, hactenus ſaltem eum teneri, ut pretium, quod accepit reſtituat. *arg. d. l.* 11. §. *ult. de act. empt. l. ſi fundus.* 33. *locat.*

TITULUS VIGESIMUSQUINTUS.

DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. *Tit.* 2. *C. Lib.* 4. *Tit.* 65. *& Lib.* 11. *Tit.* 70.

Continuatio. Quid ſit locatio, & in quibus differat ab emptione? Quotuplex ſit, tum quæ res aut facta locationem recipiant?

SEcunda ſpecies contractuum, qui ſolo conſenſu perficiuntur, eſt locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pæne totus hic titulus conſumitur in explicandis utriuſque contractus ſimilitudinibus & differentiis. Locatio-conductio eſt contractus, quo id agitur, ut pro uſu alicujus rei aut operæ perſonæ certa merces præſtetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia eſt, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id eſt, ut res tota cum omni

omni

Digitized by Google

omni jure ad emptorem tranſeat; in locatione, ut dumtaxat uſus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera naſcitur, quod emptio ... us eſſe ſolet, locatio temporalis. ... non dominium modo apud locato- ... *l. non ſolet. 39. hoc tit.* verùm etiam ... nductor tantùm in poſſeſſione eſſe ... licitur, §. 5. *infr. de interd. l. 9. de* ... *terum. 12. l. 9. de acquir. poſſ.* & ... le conſtitutum eſt, ut ſi condu- ... e conductionis pertinaciter re- ... am reſtituere, moras uſque ad ... tiam nectens, tamquam inva- ... ndemnetur & ad rem ipſam re- ... uper ad præſtandam rei æſti- ... *C. hoc tit.* quod an praxis ho- ... bſervet, poſtea videbimus. ... duo eſſe genera locationis, ... ram operarum ſeu factorum. ... omnes, quæ in commercio ... quàm ſoli, etiam incorpora- ... & habitatio, §. 1. *& penult. ſup. de uſu & habit.* ſervitutis tamen prædii nulla locatio eſt, *l. locare. 44. hoc tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, ſed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod intereſt, ſi dominus conductorem frui non patiatur, *l. 7. l. ex conducto. 15. §. pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, ſed ea ſolùm, quæ mercede æſtimari poſſunt & ſolent: qualia ſunt, exempli cauſa, tabulam pingere, inſulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *l. 5. §. 2. de præſcr. verbor.* At verbi cauſa ſervum manumittere, tale factum non eſt, quod mercede æſtimetur: ideo ſi tibi decem dem, ut ſervum manumittas, non eſt locatio, *d. l. 5. §. 2.* cui accedit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud eſt, ſi rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promiſſa, *l. rogaſti. 19. §. 1. de præſcr. verbor.* Opera agrimenſoris beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, ſed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali perſona locationem & conductionem non eſſe, *l. 1. ſi menſ. falſ. mod. dix.* De opera advocati, medici, cæteriſque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem ſtatuendum.

T e x t u s.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventione.

Locatio & conductio proxima eſt emptioni & venditioni, iiſdemque juris regulis conſiſtit, Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, ſi de pretio convenerit; ſic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, ſi merces conſtituta ſit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori verò conducti.

Commentarius.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverſo reſpectu eumdem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam ſingularia apud Hollandos conſtituta: & an diſpoſitio* L. pen. C. hoc tit. *in praxi hodierna ſervetur.*

Locatio & conductio finitima eſt emptioni & 1
venditioni, iiſdemque fere juris regulis continetur, *l. 2. h. t.* Nam ut ſine re, quæ veneat, nulla eſt emptio, ita ſine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio ſolo communi conſenſu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, ſi de uſu rei & mercede convenerit. Merces reſpondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum eſſe debet ſaltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata conſiſtit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio eſt, quæ donationis cauſa fit, aut cùm dicis gratia res venditur uno nummo, ita nec ulla conductio eſt, quæ donationis inſtar inducit, *l. ſi quis. 46. h. t.* Ut illic, ita etiam hìc ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum eſt, quin beneficio *l. 2. C. de reſc. vend.* etiam locus ſit in locatione & conductione. DD. comm. *in d. l. 2.* Denique interdum propter ſimilitudinem vix emptio & locatio internoſci poſſunt. Quæ omnia certius poſtea intelligentur.

Si merces conſtituta ſit] Duplex hìc indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima eſt, quod conveniunt cauſa efficiente, id eſt, quod nuda conſentientium voluntate contrahuntur, nec aut litteræ, aut rei alicujus præſtatio ad conſtituendam obligationem deſideratur, *l. 1. h. t.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium conſtitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia eſt, quàm quod æſtimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æſtimatio uſus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud eſt quàm pretium uſus, & ipſa ſæpe pretium appellatur, *l. quod ſi. 28. §. 2. l. ex lege. 51. §. 1. l. inſulam. 58. pr. h. t. l. ult. §. ult. de leg. Rhod. l. 10. in fin. de acq. poſſ.* In locatione rerum immobilium etiam ſpeciale nomen habet, & penſio dicitur, *l. ex conducto. 15. §. 4. l. ſed addes. 19. §. 1. §. ſi quis. 6. l. quæro. 54. h. t.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata conſiſtere debeat, an in aliis quoque rebus conſiſtere poſſit, dicam inferius ſub §. 2. *hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emptione ſimul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione ſimul atque de mercede pro uſu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti,

ducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile diſcerni poteſt, uter emptor, uter venditor ſit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa eſt: nam is ſemper hìc locator eſt & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præſtat. At in locatione operarum non tam facile id dignoſci poteſt. Interdum enim qui operas præ-
2 ſtat, & mercedem accipit, locator dicitur; is, cui præſtantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *l. ſed addes. 19. §. pen. l. item ſi. 22. §. 2. l. qui operas. 38. h. t. l. 1. de æſtim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præſtantur; conductor, qui accepta mercede operam præſtat, *l. 11. §. pen. l. 13. §. 1. 2. & 3. d. l. ſed addes. 19. §. ſi quis. 7. d. l. item ſi. 22. §. 2. l. ſi merces. 25. §. pen. & paſſ. h. t.* Sed dicendum eſt, in hac ſpecie locationis diverſo reſpectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis idem ſit operæ locator; & locator operis idem operæ conductor: quam diſtinctionem ſubminiſtrat *d. l. item. ſi. 22. §. 2. h. t. & d. l. 1. de æſtim act.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. ſi quis ſe erudiendum locet magiſtro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor ſpecialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps ve-
3 teribus dicitur. VINN. Sæpe quis locator, quiſve conductor ſit, ex eo judicandum, à quo contractus incipiat: quippe qui locare dicitur. vid. *l. 19. §. 9.* junct. *l. 22. ff. h. t.* Cujac. *obſerv. lib. 2. cap. 28.* Si ne ſic quidem res ad liquidum perduci poteſt, actione præſcriptis verbis experiundum *l. 1. §. 1. ff. præſcr. verb.* HEIN. Apud nos locatio agrorum non procedit ſine interventu inſtrumenti aut publici aut privati, nec abſque inſtrumento locationis ullo colono jus eſt agro conducto frui. Extat de ea re conſtitutio Caroli Principis edita an. 1515. confirmata *art. 30. ord. polit.* Præterea ſcribit D. Grotius *lib. 3. manuduct. ad Juriſp. Bat. c. 19.* inſtrumento ſuper locatione fundi non confecto, locationem non tantùm nullius eſſe momenti, verùm etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, uſque dum lis conteſtetur, præterquam quod rem ipſam domino reſtituere, impenſas refundere, damnum omne ſarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis poſtea parati ſint dominium admittere. Quod ſi in detentione pertinaciter perſeverent uſque ad ſententiam definitivam, tunc ſuæ quaſi invaſionis hanc pœnam pati, ut poſt reſtitutionem rei, damnique omnis & impenſarum refuſionem, in totius inſuper rei æſtimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *art. 33. d. ord. polit.* continentur. Sed in deſuetudinem jam dudum abiiſſe, aſſerit Groenevv. *de ll. abrog. ad l. pen. C. de locat.* Conſtitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, ſed jubet, in caſu propoſito conductores ſeveriter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis perſonæ & facti. A Zenone ſanè in genere conſtitutum eſt, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem uſum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti ante ſententiam definitivam non reſtituunt, cogantur præter rem ipſam etiam æſtimationem rei victori domino tamquam invaſores præſtare. Cæterum in praxi Galliæ, & ſupremæ Curiæ Mechlinienſis hoc non obſervari, conductoremque hoc caſu teneri dumtaxat ad damna & intereſſe, notat Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 109. n. 2. & deciſ. 118. n. 5. & ſeqq.* & Autumn. *ad d. l. pen. C. de locat.* quamvis inſuper etiam judicis arbitrio multari poſſit.

TEXTUS.

De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et quæ ſupra diximus, ſi alieno arbitrio pretium permiſſum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta eſſe intelligimus, ſi alieno arbitrio merces permiſſa fuerit. Qua de cauſa ſi fulloni polienda curandave, aut ſarcinatori ſarcienda veſtimenta quis dederit, nulla ſtatim mercede conſtituta, ſed poſtea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur; ſed eo nomine actio præſcriptis verbis datur.*

NOTÆ.

1. *Fulloni polienda*] Gloſſ. veſt. λελευκῶσα, κναπεία. Officium fullonis eſt polire, curare, lavare, *l. 31. h. t. l. 48. §. 4. l. 82. de furt. l. 2. de cond. ſin. ca.* Plin. 37. c. 17.

Non propriè locatio] Sed novum negotium à locatione ſeparatum proprium nomen non habens: & ideo hìc recurrendum ad actionem præſcriptis verbis, *l. 1. l. 2. & 3.* junct. *l. 22. de præſcr. verb.*

COMMENTARIUS.

1 *Actio præſcriptis verbis unde dicta?*

SI *alieno arbitrio pretium*] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ perſonæ, puta L. Titii, conferri poteſt: hoc ſcilicet effectu, ut ſi quidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur; ſin minus, nullius momenti ſit, *l. ſi merces. 25. pr. h. t. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda ſunt, quæ notamus ſub §. 1. *præc. tit.*

Nul-

Digitized by Google

Nulla ſtatim mercede conſtituta] Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus eſt, ut pretium ſtatim ſeu initio contractus conſtituatur, & quidem certum ſaltem per relationem ; ita quoque ad contrahendam locationem neceſſe eſt, ut protinus conſtituatur eerta merces: mercede initio non conſtituta, quaſi deficiente parte hujus contractus eſſentiali, in aliud negotium res ineidit. Et ſiquidem gratis uſus rei coneedatur, eommodatum eſt : ſi gratis ſuſcipiatur opera, mandati obligatio : ſi neutrum gratis fiat, ſed ex mereede, quæ poſtea conſtituetur, contractus innominatus, *Facio ut des*. Et ideo præſcriptis verbis agendum eſt, *l. ſi tibi. 22. de præſcr. verb. §. 2. in fin. ſup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. infr. de mand.*

1 *Actio præſcriptis verbis*] Ad quam eonfugere neceſſe eſt, quoties deficiunt vulgaria atque uſitata actionum nomina, aut contractus exiſtunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *L. 1. & 3. ſeqq. de præſcr. verb.* Dicta eſt actio præſcriptis verbis, ut multis doctis viris plaeere video, ex eo, quod præſcriptis verbis rem geſtam demonſtret, & eadem demonſtratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & veriſſimum eſſe intelligi poteſt ex reſeripto Alexandri, quod eſt in *l. 6. C. de tranſact.* ubi Juriſconſultiſſimus Imperator hac ipſa eircumloeutione actionem hanc deſcribit : *Aut enim*, inquit, *ſtipulatio conventioni ſubjecta eſt, & ex ſtipulatu actio competit : aut ſi omiſſa verborum obligatio eſt, utilis actio, quæ præſcriptis verbis rem geſtam demonſtrat, danda eſt*. Ob eamdem quoque cauſam hæc actio dicitur in factum, *l. 1. & paſſ. de præſcr. verb.* Et interdum plena oratione actio præſcriptis verbis in factum, *l. Titius. 24. d. tit.* Alia Franciſci Hotomanni conjectura eſt. Vinn. Contractus nominati habebant eertum nomen, certamque cauſſam. Unde non opus erat, ex iis acturis, factum, quod inter contrahentes interceſſerat prolixe enarrare: ſed ſuffieiebat, modo genus contractus nominaretur : e. g. *AJO TE MIHI EX MUTUO DARE CENTUM OPORTERE*. Prætori enim jam notum erat, quale illud factum ſit, quod inter creditorem & debitorem intercadere ſoleat. Aſt in contractibus innominatis factum erat enarrandum, e. g. *AJO TE MIHI MERCEDEM, DE QUA INTER NOS CONVENERIT, OB POLITA VESTIMENTA TUA DARE OPORTERE*. Hinc dicitur actio incerta, *l. 6. C. de rer. permut.* ineerti, *l. 7. §. 2. ff. de pact.* in factum, *l. 13. §. 1. l. 22. fin. ff. præſcr. verb.* &, quia formulæ hujuſmodi actionum à JCtis præſcribi ſolebant, præſcriptis verbis. Vid. Val. Max. *lib. 7. cap. 2.* & *Antiqu. noſtras Rom. lib. 4. tit. 6. §. 32.* Hein.

Textus.

In quibus rebus merces conſiſtat.

2. *Præterea ſicut v u'go quærebatur, an permutatis rebus empt.o & venditio contraheretur, ita quæri ſolebat de locatione & conductione, ſi forte rem aliquam utendam, ſive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam ſive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non eſſe locationem & conductionem, ſed proprium genus contractus. Veluti ſi cùm unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio : quia non fuit commodatum gratuitum, verùm præſcriptis verbis agendum eſt.*

Notæ.

1. *Placuerit inter eos*] Et unus à ſua parte conventionem impleverit, id eſt, bovem ſuum per denos dies eommodaverit : nam ſi conventio placiti tantùm fine ſtetit, nudum pactum eſt, ex quo jure noſtro actio non datur, *l. 7. §. 2. & 4. de pact. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

Præſcriptis verbis agendum] *d. l. 17. §. 3. de præſcrips. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenſent Paul. *l. 5. d. t. Do, ut des : Do, ut facias ; Facio, ut des : Facio, ut facias*, ad poſtremum videtur ſpecies propoſita pertinere.

Commentarius.

1 *Non magis pretium ſeu mercedem locationis, quàm pretium emptionis in alia re conſiſtere, quàm in pecunia numerata.*
2 *Ad* l. ſi olei. 21. C. hoc tit.

Etiam hic locus pertinet ad oſtendendam affinitatem, quæ locationi eum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de cauſa an mutuo rerum uſu ad tempus conceſſo contraheretur locatio & conductio? Placuit autem, nec illic emptionem eſſe; quia pretium non intervenit; nec hic eſſe conductionem; quia non intercedit merces, *l. ſi convenerit. 23. comm. divid. l. ſi gratuitam. 17. §. 3. de præſcr. verb.* Atque omnimodo credibile eſt, ob eamdem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hìc intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re conſiſtere poteſt, quàm in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis ſimilitudo, atque eadem plane utriuſque ratio. Utrumque enim æſtimatio eſt, alterum rei totius, alterum temporanei uſus: quæ tamen æſtimatio & ipſa revera nihil aliud eſt quàm pretium, eoque nomine etiam frequenter à noſtris appellatur, ut ſuperius demonſtravimus. Jam verò conſtat, res omnes a.. 1

mini

Digitized by Google

mari pecunia; extra pecuniam rem unam æſtimationem aut pretium alterius non eſſe, ac ne fungibilem quidem; ac proinde cùm in utroque contractu aliquid æſtimandum veniat, in emptione res ipſa, in locatione uſus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quàm in illa, pretium nummarium intervenire oporteat; quod etiam multis auctoritatibus confirmari poteſt. Ulpianus in *l. ſi convenerit. 23. comm. div.* ſcribit, ſi inter ſocios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non eſſe, propterea quod nulla merces interceſſerit. Idem in *l. 1. §. ſi quis. 9. depoſ.* negat, locationem eſſe, ubi pecunia non datur: in *l. 5. §. 2. de præſcr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc *l. ſi merces. 25. §. vis major. 6. hoc tit.* junct. *l. ſi apes. 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Poſtremo huc faciunt loci, in quibus ſimpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod ſi. 28. §. 2. l. ſi quis. 46. l. ſi decem. 52. l. inſulam. 58. & paſſ. hoc tit. l. 1. in fin. mand.* Neque hic excipere quis poteſt, omnibus iſtis locis appellatione pecuniæ res quaſvis, aut certè fungibiles etiam ſignificari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & ſignatam pecuniam deſignat, *l. 7. §. 3. de ſenat. Maced.* Et cùm rebus aliis opponitur, ſemper pro nummis accipitur: appareteque ex univerſa diſputatione Juriſconſultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & diſtinctam à contractibus innominatis naturam. Unus maximè locus eſt, qui Coraſium *lib. 2. miſc. 11.* Pinell. *ad l. 2. C. de reſc. vend. part. 2. rubr. cap. 3. num. 29.* aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re conſumptibili conſiſtere poſſe, videlicet *l. ſi olei. 21. C. hoc tit.* Sed dupliciter reſponderi poteſt; primum cum Saliceto proponi in *d. l. 21.* caſum, quo fundus locatus eſt certa quantitate fructuum in eo fundo naſcentium, olivetum ſcilicet certa ponderatione olei. Etſi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam deſiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium uſu receptum videri, ut ſi res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tamquam mercede, utenda data ſit, hujuſmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & ſunt hoc genus coloni non abſimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarii incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum ſolvunt, & quaſi ſocietatis jus cum domino fundi habent, *l. ſi merces. 25. §. vis major. 6. hoc tit.* Deinde reſponderi poteſt, vice pecuniæ ſeu mercedis aut pretii in pecunia conſtituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præſtari poſſe ſalvo contractu, *l. 9. C. de reſc. vend. l. ſed addes. 19. §. 3. l. & hac. 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejuſmodi caſum *d. l. ſi olei. 21.* pertinere. Etſi enim fundus is proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, neceſſario mercedem initio non fuiſſe conſtitutam in pecunia numerata. Quippe non eſt novum, ut, quod poſtremum placuit, ſolum exprimatur, quaſi quod maximè ſpectatum fuit. Idem reſponſum eſto *ad l. 8. & ad d. l. excepto. 18. C. eod.* Ita ſentiunt Gloſſa, Bart. & comm. DD. *in d. l. 5. §. 2. de præſcr. verb. & d. l. ſi olei. 21. C. hoc tit.* Gomez. 2. *reſol. 3. num. 3.* Fachin. 1. *controv. 82.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 109. num. 12.* ubi etiam arreſto ſupremæ Curiæ Mechlin. hanc ſententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. hic cap. 4.* cum D. Buſio *ad l. 1. hoc tit* diſtinguit inter locationem operarum & rerum, quaſi illic merces in pecunia tantùm, hic etiam in alia re conſtitui poſſit: quod etiam ante eos tentavit Greg. Lopez. 1. *animadverſ. 15.* diſtinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc diſtinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis ſolvi poſſit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quàm pecunia?

Sed proprium genus contractus] Si convenerit tantùm, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum eſt ſimile placito permutationis: ex cujuſmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi cauſa ſubeſſe cœpit, id eſt, ubi unus à ſua parte conventionem implevit, συνάλλαγμα eſſe incipit ſeu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium. 7. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. permut.* quemadmodum in propoſito ſi unus bovem ſuum per denos dies ſecundum conventionem ad opus faciendum conceſſerit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter uſum rei, qui in his omnibus conceditur: ſed tamen neque locatio eſt, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum uſum præſtari: commodatum autem debet eſſe gratuitum, *§. 2. in fin ſup. quib. mod. re contr. oblig.* verùm eſt ſpecies contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id eſt, præſcriptis verbis competit, *l. ſi gratuitam. 17. §. 3. de præſcr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenſet Paulus *l. 5. d. tit. Do, ut des: Do, ut facias: Facio, ut des; Facio, ut facias;* ad poſtremum videtur ſpecies propoſita pertinere.

T E X T U S.

De Emphyteuſi.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter ſe videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibuſdam cauſis quæri ſoleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio; ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibuſdam fruenda traduntur, id eſt, ut quamdiu penſio ſive reditus pro his domino* præ-

Digitized by Google

præſtetur, neque ipſi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæreſve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & à quibuſdam locatio, à quibuſdam venditio exiſtimabatur, lex Zenoniana lata eſt, quæ emphyteuſeos contractus propriam ſtatuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, ſed ſuis pactionibus fulciendam: & ſiquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac ſi naturalis eſſet contractus: ſin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc ſiquidem totius rei interitus acceſſerit, ad dominum ſuper hoc redundare periculum: ſin autem particularis, ad emphyteuticarium hujuſmodi damnum venire; quo jure utimur.

NOTÆ.

3. *Perpetuo fruenda*] Jus emphyteuticum natura ſua perpetuatium eſt, *l. 1. C. de off. com. ſac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib. 11.* ex conventione tamen temporalium eſſe poteſt, *l. ult. ſi ag. vect.* modo ne ad modicum tempus conſtituatur, *arg. l. 1. §. 3. de ſuperfic.*

Id prædium vendiderit] Cæterum cùm vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam, juxta diſpoſitionem *l. 3. C. de jur. emphyt.* alioqui jure ſuo cadit. In donatione autem idem poſtulari non niſi iniquè poteſt. Planè inductio & honorarium (quod barbarè laudemium,) in omni alienatione neceſſaria, *d. l. 3. circa fin.*

Lex Zenoniana] Originem autem à Zenone non trahit. vid. Hotom.

Siquidem aliquid pactum] Pactiones in emphyteuſi ſervandæ tam quæ fiunt circa ipſam emphyteuſim, quàm quæ circa perſonam emphyteutæ, ejuſque rejectionem, *l. 2. Codice eod.* Si nihil aliud nominatim cautum, tum ſi emphyteuta triennium integrum penſionem ſolvere ceſſarit, jus ſuum ei adimi poteſt, *d. l. 2.* In emphyteuſi Eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem, C. de SS. Eccleſ.*

COMMENTARIUS.

1 *Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus eſſet?*
2 *Origo hujus contractus & progreſſus, unde nomen emphyteuſios, & utrum etiam in ædibus conſiſtat?*
3 *Jus emphyteuticum non ex tempore æſtimari, ſed ex eo, quod actum eſt.*
4 *Falli, qui in contractu emphyteutico ſolo conſenſu jus prædii transferri putant.*
5 *Præſtationem canonis partem eſſe hujus contractus eſſentialem: & quanto tempore emphyteuta, non ſoluto canone, jure ſuo cadat? aliaque in foro agitata.*
6 *Qua conditione emphyteuta jus ſuum vendere, aut aliter alienare poſſit? Et quid hic juris apud Batavos?*
7 *Contractum emphyteuticum eſſe vetuſtiſſimum, & quid à Zenone acceperit?*
8 *An ad ſubſtantiam hujus contractus ſcriptura neceſſaria?*
9 *Contractus cenſualis & emphyteuticus quomodo differant?*
10 *An emphyteutæ ſimiliter remiſſio canonis, ut conductori mercedis, in caſu inſolitæ ſterilitatis præſtanda?*

Vinnius in Inſtitut.

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit, utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda ſint. Cujus generis duo Juſtinianus profert. Unum hoc §. alterum §. ſeq Quod hoc §. proponitur, eſt contractus emphyteuticus, & tale: Dominus prædium ſuum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa penſione in ſingulos annos 1
conſtituta ea lege, ut quamdiu penſio domino ſolvetur, tamdiu neque ipſi colono, neque iis, qui in locum ejus ſucceſſerunt, prædium auferri poſſit. Dixeris, hìc eſſe venditionem, ſi ſpectes id quod agitur de re transferenda; hoc enim agitur ut pleniſſimum jus utendi, & veluti dominium quoddam in perpetuum tranſeat, quod & in hæredem & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei, cui hoc jus conſtitutum eſt, utilis in rem actio contra quemcumque poſſeſſorem competit, *l. 1. §. 1. ſi ag. vect.* Rurſum dixeris, eſſe locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item ſi ſpectes penſionem annuam; talis enim conſtituitur pro uſu rei in locatione, cùm in venditione unum pretium ſtatuatur ſemel ſolvendum. Sed Zeno hanc diſputationem ſuſtulit, voluitque, hujuſmodi conventionem propriam eſſe ſpeciem contractus ab emptione & locatione diſtinctam.

De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda] Contractus emphyteuticus originem traxiſſe videtur ab incultis & ſterilibus agris, qui, quod colonum non repetirent, propter ſumptus, quos in illorum cultura atque inſitione, ſeu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri neceſ- 2
ſe erat, in perpetuum, aut certè ad longiſſimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & consererentur, idque modica penſione, quæ veri domini memoriam conſervaret; quamquam poſtea etiam agri cultiſſimi & fertiliſſimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati ſunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteuſis, à verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis eſt, *inſero, implanto*. Dicuntur & agri vectigales à vectigali, id eſt, penſione ſeu canone, qui à poſ-

Digitized by Google

ſeſſoribus ſolvitur. Nam vectigal quemlibet reditum ſignificat. Cicero in *paradox.6. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat*. Cæterum uſu veterum fere ſoli agri publici iſta conditione locati vectigales appellantur, *l. 1. ſi ager vectig.* Quæſitum eſt, an in ædibus quoque emphyteuſis conſiſtere poſſit. Nonnulli negant, quoniam lex inſitionis, quæ eſt de originaria eſſentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius eſt, etiam in ædibus tale jus conſtitui poſſe, *auth. ſi quas ruinas. C. de SS. Eccleſ. l. 15. §. ſi de vectigalibus. 26. de damn. infect.* Ait, *perpetuo fruenda*. Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *l. 1. C. de offic. com. ſac. palat.* & emphyteutæ perpetuarii conductores, *l. 1. & 3. C. de locat. præd. civil. lib.* 11. quamquam hoc jus etiam ad tempus conſtitui poteſt, dum ne id modicum ſit, *l. ult. ſi ag. vect. l. 1. §. 3. de ſuperfic.* VINN. In jure noſtro promiſcuè accipiuntur agri vectigales & emphyteutici: *rubr. tit. ſi ag. vect. id eſt, emphyt. pet.* Alias tamen illi his patent latius. Vectigales erant Romanis omnes etiam culti publici, qui hoſtibus erepti, vel inopi plebi militibuſve ex legibus agrariis dividebantur, vel aliis in perpetuum locabantur, conſtituto annuo vectigali. Ejuſdem generis agros habebant municipia, ex quorum reditibus ædes ſartæ tectæ ſervabantur, aliaque onera municipiorum ferebantur. Et hi quoque aliis in perpetuum locati vectigales dicebantur, de quibus proprio titulo Digeſtorum paullo ante laudato agitur. Vid. *l. 1. ff. ſi ag. vect. id eſt, emphyt. pet.* Quum vero & agri inculti & novales hac lege locari ſolerent, hi ſpeciatim dicti ſunt emphyteutici, qui & in eo differebant à vectigalibus, quod quum his vectigal, quod in frumento conſiſtebat, imponi ſoleret; hìc penſio annua & quidem ſatis tenuis exigeretur. Aſt poſtea & agri culti, immo & ædes & prædia ſub lege emphyteutica dari cœperant. Multa quæ ad agrorum vectigalium atque emphyteuticorum originem pertinent eruditè ex Romanis Antiquitatibus explicavit V. C. Petrus Burmann. *de Vectigal. Pop. Rom. c. 1. 2. & 3.* HEIN. Cæterum ut emphyteuſis conſtituta cenſeatur, id non æſtimandum eſt ex tempore, ſed ex ipſa conventione, & ex eo, quod actum eſt. Vveſemb. *par. hit. num.* 8 D. Bronch. 2. *aſſert.* 67. Nam locatio quantivis temporis non eſt modus transferendi dominii, *l. non ſolet. 39. hoc tit.* D. Joan. à Sande *lib.* 3. *tit. 6. defin.* 10. *circa fin.* Sanè non eſt aſſentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ luſtrum egrediuntur, conſtituere jus emphyteuticarium. Abſurdum enim eſt, ei, qui ad ſex aut ſeptem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti poſſidetis, jus alienandi,
4 ſervitutem imponendi, novum opus nuntiandi; quæ omnia emphyteutis conceſſa eſſe conſtat. Ait, *quæ traduntur*. Rectè interpretes ſtatuunt, ante traditionem prædii jus reale ſeu utile dominium in emphyteutam non tranſire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, ſed in perſonam tantùm. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis eſt, ut rem aliquam aut jus aliquod immediatè noſtrum faciant, ſed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præſtandum obſtringant dumtaxat, *l. 3. de obl. & act.* junct. *l. traditionibus.* 20. *C. de pact.* adeoque perſpicuè falluntur, qui æxiſtimant, peculiare eſſe in hoc contractu, ut ſolo conſenſu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum ſeparavit ab emptione & locatione, & per ſe firmum eſſe voluit; ſed non conſtituit, ut contra communem contractum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem tranſiret.

Quamdiu penſio præſtetur] Præſtatio penſionis 5
ſeu canonis pars eſt eſſentialis contractus emphyteutici, & argumentum reſervati dominii, in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino, expulſo emphyteuta, agrum auferre. Quod ſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo volente domino cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* In emphyteuſi Eccleſiaſtica ceſſatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. C. de SS. Eccleſ.* Enimvero ſi dominus poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum ſine proteſtatione receperit, renuntiaſſe caducitati videtur, per *l. pen. de leg. commiſſ.* Guid. Pap. *quæſt.* 171. Clar. §. *emphyteuſis. quæſt.* 10. Anton. Fab. *C. ſuo hoc tit. defin.* 16. Perez. *in C. hoc tit. in fin.* D. Grot. 2. *introduct.* 40. Quin etiam etſi cum proteſtatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapſum poſt tempus, quo res in commiſſum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. Clar. *d. quæſt.* 10. Fachin. 1. *contr.* 99. Chriſtin. *vol. 3. deciſ.* 122. *num.* 9. Sed & celeri ſatisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteuſi civili moram purgari poſſe, arg. *cap. ult. x. de locat.* cenſet idem Clar. *d.* §. eoque jure nos quoque uti ſcribit Grot. *d. loc.* & ita judicatum refert Coren. *obſ.* 22. quamvis communis ſententia ſit, emphyteutam privati moram purgare non poſſe. Clar. *d. loc.* Sichard. *ad l. 2 n. 20. C. hoc tit.* Fachin. 1. *contr.* 98. ſecundum quam judicatum refert Afflict. *deciſ.* 174. ad Chriſtin. *vol. 1. deciſ.* 157. Quæritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non ſolutum propria auctoritate expellere poſſit. Quod omnino negandum eſt, per *l. non eſt ſingulis.* 176. *de reg. jur l. 7. C. unde vi.* vid. Clar. *d.* § *q.* 11. Sichard. *d. loc. num.* 16. Fachin *d. lib. 1. contr* 95. Loci, qui de expulſione loquuntur, intelligendi de expulſione legitimæ, quæ fit auctoritate judicis. Grot. *lib. 2 intr. c.* 40. Coren. *obſ.* 5. Mornac. *ad l. 2. C. de iur. emphyteut.*

Vendiderit, aut donaverit] Emphyteuta non 6
ſolùm poſſidendi & fruendi jus habet, ſed etiam alienandi poteſtatem. Et vendendi quidem etiam, cui velit: cæterum oblata prius domino emendi

præ-

Digitized by Google

prærogativa; alioqui jure ſuo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menſes à facta denuntiatione tantumdem offerat, *l.3.verſ. ſed ne hac. C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi verò vel cum alio permutandi etiam domino irrequiſito. Utique tamen tenetur domino ſignificare, donare ſe aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam, accepto laudimio, quæ pars eſt quinquageſima pretii fundi, in poſſeſſionem admittat juxta *d.l.3.in fin. & ibi* Jaſ. *col.*14. *& ſeq.*Sichard.*num.*19. *& ſeq.* Prolixius hæc executio *lib.2.ſelect.quæſt.cap.*2. Apud nos extra ſpecialem conventionem, aut contrariam conſuetudinem, paſſim uſu ſervatur, ut emphyteuta jus ſuum etiam vendere irrequiſito domino poſſit. *Dec.Cur.Holland.*59. ſed habet dominus jus προτιμήσεως, ſeu retractus, eoque uti poteſt intra annum, ex quo ſcire cœperit, prædium eſſe alienatum. Grot. 4. *introduct.* 40. ubi etiam refert, quibuſdam in locis obſervari, ut alienato jure aut per ſucceſſionem tranſeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii ſolvatur. Vinn. Verè ergo domino tantum competit jus προτιμήσεως, adeoque errant, qui hic longum tractatum inſtituunt de feudo ſine conſenſu domini non alienando. Feudi enim dominus alienationem poteſt prohibere, quod non poteſt dominus emphyteuſeos: quamvis ei futura alienatio denuncianda ſit, ut poſſit ſecum ſtatuere, ipſe ne jure προτιμήσεως uti, an extraneo emtori fundum concedere malit. Hein.

Lex Zenoniana lata eſt] Zeno *l. 1. C. hoc tit.* conſtituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis neque alienationis titulis adjiceretur, ſed tertium hoc jus eſſet, ab utriuſque memoratorum contractuum ſocietate ſeparatum: utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, juſtuſque eſſet ac validus contractus, ex quo in poſterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius agere-
7 tur. Unde interpretes noſtri inferunt, contractum emphyteuticum eſſe creaturam Zenonis: ac proinde non juri gentium, ſed civili Romanorum attribuendum eſſe. Quod probare non poſſum. Etenim non ordine temporum, ſed ratione hæc diſtingui oportet. Quicquid enim ejuſmodi eſt, ut ab aliquo excogitatum & inſtitutum moveat omnium opinionem de ſe, quaſi ad uſum vitæ communis conducens, id juri gentium adſcribi debet, vid. *ſup. de jur.nat.gen.* ubi demonſtramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere ſunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus quàm temporales omnes gentes ſibi communes fecerunt. Emphyteuſis verò nihil aliud eſt quàm in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum eſt, contractum emphyteuticum eſſe creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior eſt, per ea, quæ legimus apud Moſen *Geneſ.*74 *verſ.*24. *& ſeqq.* Joſeph.2.*Ant.Judaic.*4. Ariſtot. 2.*Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum eſt, quàm ut hic contractus, cùm antea dubitaretur, emptioni an locationi aggregandus eſſet, ſeparatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque non novam contractus ſpeciem Zeno fecit; ſed eam, quæ ſub emptione & locatione continebatur, quaſi grana ex ſpicis excutiens detexit, ut diſputat Coraſ. 1. *miſc.*21. *num.* 4. Planè ſi vera eſt communis DD.
opinio, ex lege Zenonis ad conſtitutionem & ſub- 8
ſtantiam contractus emphyteutici neceſſariam eſſe ſcripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *ſcriptura interveniente,*) juri civili hic contractus adſcribi poteſt: non utique mero, ſed mixto, *arg.l.6.de juſt.& iur.* Sed multi tamen cenſent cum Gloſſ. non prohiberi fieri ſine ſcriptis, licet dicatur fieri in ſcriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo ſcripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod ſine ea nolit contractum ſubſiſtere; ſed quia ad probationem rei geſtæ in hoc contractu neceſſaria eſt; cujus alioqui fides decurſu temporis, ad quod extenditur, vacillare poteſt, mortuis iis, qui teſtes adfuerant. Connan. 7.*comm.*12. Perez.*C.hoc tit.num.* 2. Addunt alii, perpetuum non eſſe, quod duo ablativi abſolute poſiti conditionem contineant, ſeu ut vulgo loquuntur, cauſam importent finalem, §.1.*ſup.de teſtam.mil l.*24.*eod.* Denique eſſe hunc contractum bonæ fidei, ad cujuſmodi contractus ſubſtantiam ſcripturam deſiderari non ſit credibile. Sed & uſus communem opinionem reprobat, teſtibus Bart.& Angel. *in d. l.*1.*hoc tit.* Pariſ.*lib.*3.*conſ.*177.*num.*16.*& ſeqq.* Socin.*conſ.*167.*num.* 12. Roland. à Val.*conſ.*87.*num.* 11.& nominatim de moribus noſtris teſtatur Grot. 2.*introduct.*40 Clarus tamè *d* §.*emphyteuſis.quæſt.* 4.negat, conſuetudinem iſtam eſſe generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium conſuetudine receptum non eſt: quod & ſupremam Curiam Mechlinienſem aliquando cenſuiſſe refert D.Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 1119.*n.*5.

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic ſenſus eſt, poſt conſtitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpiſſe: ſed cœpiſſe eſſe ſpecialem contractum, peculiarem & diſtinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confuſus erat; atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluiſſe credendum eſt, quod efficere non potuit, ne ſcilicet contractus hic ſimilitudinem quamdam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam, contra- 9
ctui emphyteutico eſt contractus cenſualis. Sed hoc intereſt, quod etiam verum & directum dominium in cenſuarium transfertur, cùm illud in conſtitutione emphyteuſios apud conſtituentem maneat. Itaque cenſum ſolvimus, non ut emphyteutæ in recognitionem dominii de re aliena, ſed de re noſtra: & ideo qui cenſum recipit, jus caducitatis ob ceſſationem non habet. Jo. Fab. *ad hunc* §. *circa fin.* Jaſ. *in l.*1.*C.de jur.emphyt.num.*39.*D. præſ.*

in loc. ab emphyteuſi ad cenſ. Clar. §. *emphyteuſis. q.* 1. *n.* 2. Grot. *introduct.* 46. Baro. 2 *comm. hic. part. ult.*

Ac ſi naturalis eſſet contractus] Id eſt, haud ſecus ac quilibet alius contractus propriam ac diſtinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt, *l.* 23. *de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus ſuis pactionibus fulciri poteſt, ut hic loquitur Juſtinianus: non tantùm circa præſtationem periculi, ſed etiam circa durationem & caducitatem, id eſt, intra quod tempus emphyteuta canonem non ſolvens jus ſuum amittere debeat, *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* Cujac. Ferret. & Hotom. legunt, *ac ſi natura talis eſſet contractus*: quomodo & Theoph. legiſſe ex paraphraſi apparet: & rectè ſanè, τὰ γδ εἰς ἀρχῆ συμφωνούμενα φύσιν δίδωσι τοῖς συναλλάγμασι. Theod. Hermop. *in l.* 23. *de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus] Niſi quid aliud nominatim cautum ſit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis verò rei ad emphyteutam, qui hoc caſu nihilominus integram penſionem præſtare tenetur, *l.* 1. *C. eod.* Quapropter nec ob ſterilitatem remiſſionem penſionis petere poterit. Neque eſt contrarium, quod eo caſu locatione penſio remittenda eſt, *l. ex conducto.* 15. §. 2. & *ſeq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi ſolent, conſtituitur: in emphyteuſi autem canon non pro fructibus, ſed in recognitionem dominii præſtatur. Planè ſi etiam penſio emphyteutæ impoſita tanta ſit, ut proportione fructibus reſpondeat, puto, ei ſuccurrendum eſſe, & tam ob ſterilitatem penſionem remittendam, quàm ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quaſi quædam potius locatio, juſta mercede facta ſit, quàm initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non ſonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus ſequimur id quod actum eſt: nec tam nomen conventionis inſpiciendum, quàm natura & conditio negotii, quod geritur. Clar. §. *emphyteuſis. q* 8. *n.* 7. & *ſeq.* Gail. 2. *obſ.* 23. Ant. Fab. *C. ſuo de jur. emphyt. defin.* 36. Diſſ. Fachin. 1. *contr.* 89. D. Tuld. *in C. de jur. emphyt. num.* 4.

TEXTUS.

De forma alicui facienda ab artifice.

4. *Item quæritur, ſi cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbigratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Caſſius ait, materiæ quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantùm emptionem & venditionem contrahi. Quod ſi ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtituta, dubium non eſt, quin locatio & conductio ſit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum in hypotheſi propoſita, utrum emptio contraheretur, an locatio?*
2 *Regula generalis, unde in hujuſmodi caſibus emptio & locatio dignoſcantur.*

Affert hìc Juſtinianus aliud exemplum nego-
tii, quo dubitatum, emptio venditio contra- 1
heretur, an locatio, conductio? nimirum, ſi mihi
cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex ſua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex ſuo auro. Dixeris enim, hìc emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rurſus dixeris eſſe locationem propter operam artificis, quæ & ipſa æſtimatur: operæ autem emptio eſſe non poteſt. Qua ratione Caſſius non ſimplicem hunc contractum eſſe dicebat, ſed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & ſcilicet materiæ atque in hypotheſi propoſita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificii locationem. Sed concinnius viſum eſt, ſimplex hoc & unum negotium cenſeri, tantùmque emptionem & venditioné eſſe, *l.* 2. *h. t.*

Placuit, tantùm emptionem & venditionem] d. *l.* 2. Si cùm aurifex jam haberet annulos ex ſuo auro factos, mihi cum eo conveniſſet, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantùm contrahi. Quid autem in propoſito refert, res jam facta ſit ab artifice, an adhuc facienda, cùm utrobique in pretio conſtituendo non materiæ ſolùm, ſed etiam artificii ratio habea-
tur? Sic verò in univerſum habendum eſt: Si quam 2
rem nobis fieri velimus, veluti ſtatuam, vel vas aliquod, aut annulos, veſtem, regulas, &c. ut nihil aliud quàm pecuniam demus, emptionem eſſe, atque emptionem ſolùm; quoniam nulla poteſt eſſe locatio, ubi corpus ipſum non datur ab eo, cui id fit, quemadmodum Sabinum reſpondiſſe Pomponius refert *l. Sabinus.* 20. *de contr. empt.* Cui ſententiæ convenit, quod Javolenus ſcribit, *l. ſi convenit.* 65. *d. tit.* toties emptionem contractam intelligi, quoties materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in caſu propoſito contingit auro. Nam adverſatur huic ſententiæ Paulus in *L. item ſi.* 12. §. 1. *hoc tit.* ubi ait, cùm inſulam ædificandam loco, ut ſua impenſa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem eſſe: locare enim artificem operam ſuam, id eſt, faciendi neceſſitatem; quoniam cùm aream meam do, ut in ea inſula fiat, ſubſtantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiſcitur, *d. l. Sabinus.* 20. *in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hìc emo, ſed conduco operas artificis ad inſulæ conſtructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod ſi ſuum aurum dederit] *d. l.* 2. *l. in navem.* 31. *hoc tit.* facit *l. ſcribit.* 34. *in pr. verſ. in artifice. de aur. arg. mund. leg.* Nam toties conductio alicujus rei intelligitur, quoties materia, in qua aliquid præſtatur, in eodem ſtatu ejuſdem manet, *d. l. ſi convenit.* 65. *de contr. empt.*

Digitized by Google

TEXTUS.

Quid præſtare debet conductor.

5. *Conductor omnia ſecundum legem conductionis facere debet: & ſi quid in lege prætermiſſum fuerit, id ex bono & æquo præſtare. Qui pro uſu aut veſtimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promiſit, ab eo cuſtodia talis deſideratur, qualem diligentiſſimus paterfamilias ſuis rebus adhibet; quam ſi præſtiterit, & aliquo caſu fortuito eam rem amiſerit, de reſtituenda ea non tenebitur.*

NOTÆ.

5. *Ex bono & æquo præſtare*] Eſt enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa, quæ nec dicta nec cogitata forte ſunt, præſtari æquum eſt, *§.30. inf. de act. & ſup. de obl. ex conſ.* add. *l.25. §.3. l. 24. pr. hoc tit. l. 2. l. 17. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ à conductore ex natura hujus contractus præſtanda?*
2 *Conductorem regulariter levem dumtaxat culpam, non etiam leviſſimam præſtare.*
3 *Accurata ad ea, quæ in contrarium diſputantur, reſponſio.*
4 *Excluſione caſus fortuiti non protinus induci præſtationem culpæ leviſſimæ.*

AGitur hoc §. de præſtationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inſpici debere id, quod ut præſtaret conductor, nominatim convenit; veluti ſi convenerit, ut etiam ſi quid vi majore accidiſſet, præſtaretur: hic enim pacto ſtandum eſſe Julianus reſpondit, *l.9. §. Julianus. 2. hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l. 11. §. 1. & ult. eod.* eſtque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 11. de act. empt.*
1 *l. contractus. 23. de reg. jur.* Quod ſi nihil convenit, tunc ea præſtanda eſſe, quæ naturaliter inſunt hujus judicii poteſtate, in quod, cùm ſit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præſtari oportet, etiamſi de eo nihil dictum, aut forte nihil cogitatum ſit, *l. ſi in lege. 24. & l. ſeq. §. 3. hoc tit. §. in bonæ. 30. infr. de act.* unde poſt moram etiam uſuræ tardius illatarum penſionum à conductore præſtandæ, *l. quæro. 54. eod. l. præſes. 17. C. eod.*

Secundum legem conductionis] Id eſt, ſecundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l. 7. § quinimo. 5. de pact. d. l. 23. de reg. jur.* Nihil eſt apud juris auctores frequentius, quàm ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipſamve pactionem, *l. qui fundum. 40. l. comprehenſum. 60. l. ſi cum fundum. 68. de contr. empt. l. ſi in lege. 24. hoc tit. l. venditor. 13. comm. præd. cum ſimilib.*

Ex bono & æquo præſtare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera ruſtica ſuo quæque tempore fiant, ne intempeſtiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l. 25. §. 3. h. tit.* Inquilinus, ut in domo locata rectè verſetur, ex honeſta non faciat cauponam, *l. 3. C. eod.* Uterque, ut penſiones ſuo quaſque tempore ſolvat, *d. l. quæro. 54 §. 1. h. t.* Ni ita ſe gerat conductor, & penſionem præſtet, impune expelli poteſt, *d. l. quæro. 54. §. 1. l. 3. C. eod.* Plures alias cauſas, ob quas conductorem expellere jus eſt, refert Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 115.* quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hìc tenendum eſt, quibus caſibus conductorem expelli poſſe dicitur, non niſi ex auctoritate magiſtratus eum expelli debere. Ant. Fab. *C. ſuo h. t. defin. 11.*

Qualem diligentiſſimus paterfamilias] Simile eſt, quod traditur in *l. ſi merces. 25. §. pen. h. t.* At enim locatio & conductio eſt contractus ex eorum numero, qui utriuſque contrahentis utilitatem continent: in ejuſmodi contractibus dolus dumtaxat & culpa præſtatur, juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cùm autem culpa præſtari dicitur, eo verbo in uſu juris non alia quàm levis culpa deſignatur, id eſt, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur: quod multis auctoritatibus probavimus ſub *§. 2. ſup. quib. mod. re contr. oblig.* & de hac tantùm culpa dictam regulã intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus ſolius accipientis utilitas verſatur, quale plerumque eſt commodatum, Juriſconſultus d. loco ſcribit, plus ab accipiente exigi, quàm cùm utriuſque commodum vertitur; nimirum in hujuſmodi contractibus præter culpam præſtari & diligentiam; quo ſignificat, in eo contractus, qui utriuſque gratia fiunt, & commodatum diſcrepare, quod in illis dumtaxat levis culpa præſtetur, in hoc etiam leviſſima, quam more veteribus uſitato contrariæ rei præſtatione indicat, diligentiæ ſcilicet, intelligens eo verbo diligentiam ſpecialem ſeu exactiſſimam. Ipſa quoque ratio hoc ſuggerit, levius agendum eſſe cum eo, qui mercedem pro rei uſu præſtat, quàm qui gratuitum ejus uſum habet. Quin ipſum etiam commodatarium placet culpam levem tantùm præſtare, ſecundum ſuperiorem regulam, ſi quando commodantis quoque contemplatione res commodata ſit, *l. in rebus. 18. in fin pr. commod.* Ex 2
quibus perſpicuè evincitur, conductorem regulariter leviſſimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi extra ſpecialem conventionem, ut in *l. qui mercedem. 40. h. t.* ut in re conducta ſummam & exactiſſimam diligentiam præſtet, ſed ſecurum eum eſſe oportere, ſi adhibuerit mediam, id eſt, eam, quam communiter frugi patresfam. ſuis rebus adhibere ſolent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod paſſim nihil amplius quàm culpam à conductore præſtari legimus,

Digitized by Google

l.9.§.3.l.11.§.3.l. item quæritur. 13. §. 1. *l.in navem.*31 *in fin. h. t.* quo poſtremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriuſque cauſa ineuntur: at culpæ nomine abſolutè poſito, in uſu juris culpa levis perpetuo ſignificatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentiſſimè hoc ipſum oſtendit *l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab.* quo loco Juriſconſultus conferens actiones, locati & depoſiti eum honoraria, quæ ex edicto iſto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto eſt, hoc nomine maximè commendat; quod in locato conducto culpa, in depoſito dolus dumtaxat præſtetur: edicto verò omnimodo qui recepit, teneatur, etiamſi ſine culpa ejus res periit aut damnum datum eſt, ita tamen, ut nec ille præſtet caſus fortuitos, ſeu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex ſententia Juriſconſulti is, qui recepit, præſtat medium aliquid inter culpam & caſum fortuitum, quod non præſtat conductor: atqui hoc medium nihil aliud eſſe fateri omnes debent quàm culpam leviſſimam.

3 Quid ergo reſpondemus ad hunc textum? nimitum idem, quod interpretes vulgo, ſuperlativum hoc loco poſitum eſſe pro poſitivo, verbum *diligentiſſimus* pro *diligens*; ut hoc verbum ſecundum ſubjectam materiam & naturam contractus explicandum ſit, eoque hìc ſignificari intelligatur, non ſumma illa & pæne modum excedens, ſed media diligentia, quam communiter homines diligentes ſuis rebus adhibere conſueverunt. Sic ex contrario poſitivus pro ſuperlativo ponitur in *l.* 5. §. *cuſtodiam.* 5 *commod. l. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. *fam. erciſ.* §. 2. *ſup. quib. mod. re contr. obl. & c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus.* 18. *l.* 1. §. *& ille.* 4 *de obl. & act.* §. 1. *inſ. de obl. quæ quaſi ex contr.* Idem reſponderi poteſt ad *l. ſi merces.* 25. §. *pen. h. t. arg. d. l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab.* Nam quod alii reſpondent, caſus eſſe ſpeciales, qui hìc & in *d. §. pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura ſua quaſi damno maximè obnoxiæ accuratiſſimam cuſtodiam deſiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quaſi ultro offerunt, & ideo quoque leviſſimam culpam præſtare tenentur, *arg. l.* 1. §. *ſæpe.* 35. *depoſ.* admitti non poteſt. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, ſcrupuloſam præ cæteris rebus curam, aut curioſam cuſtodiam minimè requirunt: nec quilibet, qui quodammodo operam ſuam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quàm natura contractus deſiderat, obligatur, *d. l* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab.* ſed locum hoc habet in artificibus, ſeu iis, qui alicujus rei peritiam profitentur: quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cùm in aliis ſit leviſſima, *l.* 9 §. *pen. l. item.* 13. § *ſi gemma* 5. *h. t. l.* 12. *de furt. l.* 8 § 1. *ad leg. Aquil.* niſi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere ſolent, eodem numero haberi, quaſi induſtriam certæ rei profiteantur, ut D. Wveſemb.

Ex aliquo caſu fortuito] *L. in judicio.* 28. *C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii eſt, ſed commune omnium contractuum, *l. contractus.* 23. *de reg. jur. l.* 6. *C. de pign. act.* Non obſtat quod alibi dicitur, rem locatam eſſe periculo conductoris, *l.* 13 § 1. *de lib. cauſ. l.* 14. §. *qualis.* 16. *de furt.* Nam illud intelligendum eſt de periculo & damno, cui culpa cauſam præbet: neque novum eſt, ut illæ etiam res periculo noſtro eſſe dicantur, in quibus culpa præſtamus, de quo uberius diſſerui ſub §. 3. *tit. præc.* Quod autem hìc excluditur caſus fortuitus, id non ſatis argumenti eſt, culpam leviſſimam à conductore præſtari: nihil enim frequentius eſt in jure noſtro, quàm ut poſita præſtatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur caſus fortuitus: inſuper habito, utrum eo amplius etiam leviſſima culpa præſtetur, nec ne: utpote quæ & raro præſtetur, & vix culpa ſit. Hinc jam judicari poteſt, an incendium & quando à conductore præſtandum ſit: in quo tamen mirificè variant & interpretes, & judicum ſententiæ. Vid. Gail 2. *obſ.* 21. Menoch. *de arb. jud. q.* 2. *caſ.* 390. Maſcard. *lib.* 2. *de prob. in verb. Incendium* Fach. 1. *contr.* 87. Moller. 4. *ſemeſt.* 31. D. Tulden. *comm in tit. de leg. Aquil. inſ. c.* 8. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 112. *n.* 5. ubi plures citat. Aſſentior autem iis, qui ſtatuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, niſi doceat de diligentia ſua in muniendo & cuſtodiendo igne adhibita. Fach. & Moller. *dd. loc. l.* 3. §. 1. *de off. præf. vig. l.* 11. *de per. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *l.* 1. *ſel. quæſt. cap.* 33.

TEXTUS.

De morte conductoris.

6. *Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione ſuccedit.*

NOTÆ.

6. Mortuo conductore, &c. hæres ejus] *l.* 10. *C. h. t.* ſicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l.* 19. § 8. *eod.* Hæres enim univerſi juris & onerum defuncti ſucceſſor eſt, *l.* 37. *de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius ſtare locationi nō tenentur, *l.* 35. §. 1. *l.* 32. *h. t. l.* 120. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 9. *C. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Emptor non tenetur ſtare locationi factæ à venditore; & quid hodie?*

MOrte conductoris conductionem non expirare, ſed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris eſt, *l.* 10. *C. hoc t.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres univerſi juris & onerum defuncti ſucceſſor eſt, *l. hæres.* 37. *de acq hær.* At autem Juſtinianus, hæredem eodem jure in conductione ſuccedere; & Gordianus in *d. l.* 10. hæredi quoque onus contractus incumbere; quibus verbis non hoc ſignificant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & ſuperſtitem ſtetit, actione locati aut conducti teneri;

Digitized by Google

rij quamquam etiam ita tenentur, *l. ſed addes.19. §.antepen.h.t.l.cum conductorem. 29. C.eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venienres, etiam mandati & pro ſocio, *l.inter cauſas.26. pr.mand. l.nemo.35. & l. ſeq. pro ſoc.* in hæredes tranſeunt: ſed hæredem ſuccedere in ipſum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet; ſed ſecus eſt in iis negotiis, in quibus induſtria certæ perſonæ eligitur, ut in ſocietate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proximè ſeqq.
Particularis autem ſucceſſor, emptor aut lega- 1
tarius non renetur ſtare locationi factæ ab auctore ſuo, *l ſi merces.25.§.1.l.qui fundum. 32.hoc tit. l.9.C.eod.l.nihil.120.§.ult.de legat.1.* Cæterum ab hoc jure moribus noſtris & pleræque Belgieæ receſſum eſt, juxta rritum illud, *huur gaat voor koop.* Grot.3.*introduct.*19. Neoſtad. *dec. ſup. Cur.* 30.Gudelin.3.*de jur.nov.*7.add.*vi, vii*, Groenevv. *de legib.abrog.ad l 9.C.hoc tit.*In hac urbe ſequuntur jus commune: *Statut. Leid.* 74.

TITULUS VIGESIMUSSEXTUS.

DE SOCIETATE.

Dig. Lib. 17. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 37.

Continuatio. Quid ſit ſocietas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

TErtia ſpecies contractuum, qui ſola contrahentium voluntate obligationem indueunt, eſt ſocietas. Societas eſt contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum, ut ſit ſocietas, neceſſe eſt, aliquid mutuo conferri & communicari: niſi quid utrinque in commune conferatur, ſocietas non intelligitur. Inde dictum, donationis cauſa ſocietatem non contrahi, veluti ſi alicui placuerit, lucrum ex re ſua factum alteri commune eſſe, qui de ſuo nihil conferat, *l 5.§.2. hoc tit.* Enim verò quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad ſocietatem communicatione rerum contrahendam nihil intereſt: nam & inter duos artifices ſocietas coiri poteſt, ut quod ex ſuo artificio quæſtus fecerint, inter eos commune ſit, *l.ſi non fuerint. 59. l. duo. 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad ſocietatem ineundam, quantarum rerum ſocietas inſtituatur: nam & univerſorum bonorum ſocietas contrahi poteſt, & partis bonorum: poteſt & negotiationis alicujus, quæ multas res parteſque contineat: poteſt denique & unius rei, veluti ſi prædium communi conſenſu conducatur, ut fructus inde quæſiti ſint communes, *pr hoc tit.l.5.l.verum. 63. eod.* Porro, quod ex definitione ſatis intelligitur, ſocietas eſt conſortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l.cum duobus.52.§.Idem Papinian* 8.*eod.* niſi enim conſenſu & tractatu de ea re habito communio ſuſcepta ſit, non eſt ſocietas. Itaque ſocii non ſunt, ſi qui aut caſu in communionem inciderint, puta ſi legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut ſi res à duobus ſimul ſimpliciter empta ſit, *l.ut ſit.31.cum 3. ll.ſeqq. eod.* Ex quibus locis cum Gloſſa & citatis *in add. ad Bart.* temperandum eſt, quod in *l.2.comm.div.* Juriſconſultus ait, rem, quæ à duobus pariter empta eſt, cum ſocietate communem eſſe; nempe ſi empta ſit cum affectione & animo ſocietatis: idemque præſupponendum in ſpecie *l. 2. C. hoc tit.* quamquam Bart.ad *dd.ll.* quem ſequitur Salicetus in *d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipſo, quod res à duobus pariter emitur, ſocietatem contrahi. Denique quod poſtrema verba definitionis indicant, non eſt ſatis ad contrahendam ſocietatem, communionem conſenſu iniri inter aliquos, niſi in hunc finem communio inſtituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, ſocietas dici non poteſt, ut maximè voluntate ſuſcepta ſit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confuſæ ſunt; maſſa quidem hæc communis eſt, *§. ſi duorum.27.ſup.de rerum diviſ.* at non jure ſocietatis. Res eadem ſimul à duobus ſimpliciter empta eſt, ſit illa quidem amborum voluntate communis, ſed ut modo dixi, citra ſocietatem, *d. l.ut ſit. 31. h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non ſit commune, ſed unius tantùm ſocii: placet, ita ſocietatem contrahi non poſſe, quaſi quæ contra finem ſocietatis conſtituatur, *d.l.ſi non fuerint.29. §.2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantùm ſperant ſpectantque ſocii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad ſubſtantiam ſocietatis pertinet: quippe quæ etiam ita conſtitui poteſt, ut unus è ſociis damni ſit expers, ut poſtea intelligetur. Cùm autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, tum ſocietas conſenſu contracta intelligitur, etſi nullius rei aut operæ collatio in præſentia fiat, *l.2.de obl.& act.* Nec adverſatur, quod ſcribit Modeſtinus *l. 4. h. t.* poſſe ſocietatem coiri re & verbis, &c. Significat enim, ſocietatem ita contrahi conſenſu, ut nihil interſit, verbis ſeu aperta conventione, an tacitè re ſeu facto aliquo conſenſus declaretur. Add. quæ ex Cujacio notat D.Gothofr.*ad d.l* 4. Species ſocietatis ſumuntur à diverſitate materiæ; ac de eo hìc primum agitur; deinde diſputatur de pactionibus circa partes lucri & damni; poſtremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus diſſociamur.

Digitized by Google

Textus.

Diviſio à materia.

Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter κοινωνίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

Notæ.

Societatem coire] Societas eſt communio conſenſu ſuſcepta. Eſtque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias ſive matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in uſu juris ſocietas vocatur: de qua ſola hìc agitur.

Aut totorum bonorum] In qua bona omnia præſentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ poſtea obveniunt, in commune redigenda, *l.1.§.1.l.2.l.3.l.73.& ſeq. hoc tit.* Cùm autem aliqui ſimpliciter, ſocietatem contrahunt eorum dumtaxat, quæ ex quæſtu veniunt, coita eſſe videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l.7.cum ſeqq. eod.*

Unius negotiationis] Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id ſolum, quod ex quæſtu rei venit, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt, *l.52.§.5.eod.*

Commentarius.

1 *Species ſocietatis ſubjectis diſtinctæ.*
2 *Quando univerſorum bonorum ſocietas contracta intelligatur? ejuſque effecta.*
3 *Moribus Belgii talem ſocietatem inter conjuges conſtitui, & quidem ipſo jure: unde & quid amplius in hac, quàm in alia univerſali?*
4 *Quæ bona communicentur, ſi ſocietas ſimpliciter coita ſit?*
5 *Peculiaria quædam in ſocietate omnium bonorum.*

Societatis diverſæ ſunt ſpecies, & effectibus, &
ſubjectis diſtinctæ, *ut l.1.§.1.l.3.§.1.l.5.l.7.*
cum aliquot ſeqq. l.ſi non fuerint.29.& paſſ. hoc
tit. Imperator autem hoc loco id tantùm videtur
oſtendere voluiſſe, aliam eſſe ſocietatem univer-
ſalem, aliam particularem, ut vulgo diſtingui ſo-
let: quamquam minus accurata ea oppoſitio eſt.
1 Pinguius à diverſitate ſubjecti ſocietas ita diſtri-
bui poteſt, ut dicamus, aliam eſſe rerum & bono-
rum omnium, aliam univerſorum, quæ ex quæſtu
veniunt, aliam partis bonorum tantùm, aliam de-
nique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis
vel artificii, aut fundi in commune empti. In bo-
norum omnium ſocietate bona omnia præſentia,
id eſt, quæ coeuntium ſunt tempore contractæ ſo-
cietatis, continuo communicantur, *l.1.§.1.l.2.*
hoc tit. actiones invicem ſunt cedendæ, *l.3. eod.*
quæ poſtea obveniunt, in judicio ſocietatis commu-
nicanda, *l.ſi ſocietatem.73.& l.ſeq. eod.* & quidem
etiam omnia, id eſt, tam ea, quæ beneficio alieno
& dono fortunæ obveniunt, quàm quæ ex opera
ſociorum quæruntur, *d.l.3.§.1.d.l.73.eod.* Hujuſ-
modi autem ſocietas tunc tantùm contracta in- 2
telligitur, cùm nominatim & ſpecialiter omnium
bonorum coita eſt, *dd. ll.* Interdum tamen evenit,
ut tacitè quoque id actum videatur; veluti ſi fra-
tres conſortes poſt mortem patris, bonis indivi-
ſis, non paternis tantùm, ſed etiam cæteris, in quo-
rum communionem inciderunt, lucris omnibus
communicatis, vixerint, nec à ſe invicem ratio-
nes unquam exegerint. Hæc autem omnia con-
junctim requiruntur: nam ſi tantùm paternæ hæ-
reditatis fructus communicaverint, aut unus pro-
prio nomine quid geſſerit, ſibive habuerit, uni-
verſalis ſocietas minimè contracta videbitur, nec
quod aliunde quæſitum eſt, veniet in communio-
nem, *l.cum duobus 52.§.Papinianus.6.h.t.l.4.*
C.comm.utriuſque jud. Ant. Fab. *Cod. ſuo, hoc tit.*
*defin.*3.D.Tulden. *comm. hìc. cap.* 1. Moribus fere
totius Belgicæ (Friſiam excipe, vid. D. Joan. à 3
Sande *rer.jud.lib.2.tit.5.defin.3.*) bonorũ omnium
communio & univerſalis ſocietas inter conjuges
ipſo jure conſtituitur, niſi quid contra pactis ante-
nuptialibus cautum ſit: in qua ſocietate etiam hoc
amplius eſt, quàm in alia univerſali, quod etiam
ea, quæ poſt contractum matrimonium alterutri
conjugum quæſita ſunt, continuo inter eos com-
munia fiunt, non expectata nova eorum commu-
nicatione; ſcilicet quia lex hanc communionem
inducit. Vid.D. Neoſtad. *in not. ad obſerv.* 9. cùm
alii ſocii, quamvis univerſorum bonorum, quæ
poſt contractam ſocietatem acquirunt, ſibi acqui-
rant; ut tamen judicio ſocietatis ea cogantur
communicare, & quæſita in commune redigere,
l.ſi ſocietatem.73.& l.ſeq. hoc tit. Unde Paulus in
l.1.§.1.eod. non ait, ſimpliciter inter ſocios
omnium bonorum continuo communicari res
omnes, ſed res omnes quæ coeuntium ſunt, id eſt,
quæ tunc ſunt, cùm ſocietatem coeunt. In ſocie-
tate univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt, res 4
coeuntium ſeu bona præſentia non communican-
tur, ſed futura tantùm, ſeu lucra poſtea obve-
nientia; neque tamen hæc omnia, ſed ea ſolum-
modo, quæ ex quæſtu quotidiano, id eſt, ex opera
& negotiatione cujuſque ſocii acquiruntur, puta
lucrum, quod ex emptione, venditione, locatio-
ne, conductione, & ſimilibus commerciis, aut ex
cauſa artificii deſcendit. Quæ verò alieno bene-
ficio obveniunt, qualia ſunt hæreditas, legatum,
donationes, ea extra hanc cauſam habentur, *l.7.*
& aliquot ſeqq. hoc tit. Talis ſocietas contrahi in-
telligitur, cùm aliqui ſimpliciter ſocietatem co-
eunt, hoc eſt, ſaltem dicunt, ſibi placere, ut inter
ipſos ſocietas ſit ſine deſignatione rerum, quarum
ſocietatem contrahi velint *d.l.7.* Fallitur autem
D. Bachovius, dum putat etiam in ſocietate ſim-
pliciter hoc modo contracta bona ipſa coeuntium
ſtatim communicari: hoc enim non obſcurè pu-
gnat cum *d.l.7.* Et *l.1.§.1.eod.* disertè loquitur de
ſocietate omnium bonorum. Veteres autem non
aliam bonorum aut fortunarum omnium ſocie-
tatem agnoſcunt, quàm quæ nominatim ita con-
tra-

Digitized by Google

5 tracta eſt : ut bene Baro hìc. In ſocietate omnium bonorum etiam illud peculiare eſt, ut ſi quid ſocius neceſſe habuit præſtare ex obligatione honeſta; atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in ſocietatis rationem veniat, tametſi extra cauſam ſocietatis id præſtetur, *l. cum duobus. 52. §. ult. hoc tit. l. 39. §. 3. fam. erciſc.* Nec mirum, cùm rurſus omnia etiam, quæ ex lucrativa cauſa obveniunt, in commune ſint redigenda. Qua propter ſi unus è ſociis univerſorum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum: honeſtè tamen & decenter, non profusè, inve fraudem ſociorum, id in ſocietatem imputabitur, veluti ſi pater filium in ſtudiis aluit, atque eo nomine quid honeſtè & bona fide erogavit, *fac. l. quæ pater. 50. fam. erc.* Quid ſi filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, ſocietatis id commune onus eſſe, non ſolius patris, *arg. l. 19. de rit. nupt.* Rol. à Vall. *conſ. 91.* Menoch. 2. *de arb. jud. cap. 127.* Fach. 8. *contr. 4.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 51. num. 9.* Gothofr. *ad l. 81. hoc tit.* Bachov. *ad Treutl. vol. 1. diſp. 27. th. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic. cap. 4.* ſed de dote diſſentit: propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda eſt, ea autem, quæ ſtudiorum cauſa filio ſubminiſtrantur, non item, *d. l. 50. fam. erc.* Sed quid hoc ad rem? Immo cùm filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut ſe exhibeant, familiam, quam inſtituunt ſuſtentent, conferuntur, *l. 17. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit ſocietati: & poteſt pater impendiis ſtudiorum cauſa factis hanc legem dicere, ut poſt mortem conferantur. Hoc autem nihil ad ſocios. Planè feuda in hanc ſocietatem non veniunt. Bald. & Præpoſ. *in c. Imperialem. de proh. feud. al. per Fred. & in cap. 1. de inveſt. de re al. fact.* Præſ. Everh. *conſ. 53.* In reliquis ſocietatibus id ſolum, quod ex quæſtu negotiationis venit, aut rei, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt: ex alia cauſa quæſitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus. 52. §. cum duo. 5. eod.*

TEXTUS.

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem ſi nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales ſcilicet partes & in lucro & in damno ſpectantur. Quod ſi expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent. Nec enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, ſi duo inter ſe pacti ſint, ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa diſputationis hìc propoſitæ.*
2 *In impari rerum collatione, ſi de partibus nihil dictum ſit, impares quoque conſtitutas intelligi; & reprehenſi, qui ſecus ſentiunt.*
3 *Ubi partes expreſſæ, qualiſcumque collatio ſit, conventionem ſervandam.*

OMnis ſocietas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non ſemper lucrum fit, & ſæpe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum eſt, ut ſciatur, quantum quiſque & in lucro & in damno ferat. Summa 1
hujus diſputationis tribus hiſce propoſitionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales ſunt. 2. Si partes expreſſæ fuerint, has ſervari oportet. 3. Si una tantùm in cauſa pars expreſſa ſit, in altera, quæ omiſſa eſt, eadem pars ſervari debet.

Æquales ſc. partes] Si partes expreſſæ non ſint, id tacitè actum intelligitur, ut æquales ſint, *l. ſi non fuerint. 29. pr. h. t.* quod ſic vulgo & rectè acceptum eſt, ut pro vero habendum ſit, cùm ea quoque quæ conferuntur, ſunt æqualia: cæterum ſi inæqualis ſit collatio, pro rata ejus, 2
quod quiſque contulit, partes fieri: æqualitatem enim hìc intelligi debere non arithmeticam, ſed geometricam, id eſt analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm. 13.* neque D. Tuldeno *comm. hic. cap. 5.* qui ita diſputant, ut exiſtiment, etiam in impari rerum collatione, ſi de partibus ſocietatis nihil dictum ſit, æquales partes pro numero ſociorum tacitè factas intelligi non conſiderato eo, quod quiſque contulit, quaſi ubi nihil ſpeciatim dictum eſt, communem dumtaxat negotiationis fortunam ſpectaſſe, atque in eo acquieviſſe, videantur, ut quiſque damni & lucri tantumdem haberet: ſcilicet jubente id etiam lege ſocietatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata ſit, & pares faciat etiam quos impares ſuſcepit. Sed ut concedamus, hoc tacitè actum videri in ſocietate omnium fortunarum, aut ſimpliciter & ſine deſignatione rerum contracta; tamen in ſocietate unius alicujus negotiationis idem probandum non eſt. Nam cùm nihil æquius ſit, quàm ut quiſque pro ratione ſortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum ſentiat, *l. 6. l. quid enim. 80. hoc tit.* hoc ipſum tacitè quoque actum intelligi convenit, ſi nihil aliud dictum eſt. Bene Ariſtot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6.* Ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλεῖον λαμβάνουσιν οἱ συμβαλλόμενοι πλεῖον. VINN. Plura ad *l. 29. ff. pro ſoc.* in hanc ſententiam commentatus eſt Vir Clariſſimus Ger. Noodt *Comment. in Pandect. hoc tit. p. 380. ſequ. Tom. 2. Op.* quem eximium Jureconſultum, dum hæc ſcribo, ad ſuperos exceſſiſſe, non ſine dolore audio. Mortuum ſaltim nemo dixerit, qui tot egregiis operibus immortalem ſibi gloriam peperit, & jam vivus quodammodo interfuit poſteritati. HEIN.

Si expreſſæ fuerint partes, hæ ſervari debent]

Ac

Digitized by Google

3 Ac proinde etiam ſi inæquales ſervari placuerit in collatione æquali, pactio ſervanda erit: & contra ſi æquales ſervari placuerit in collatione inæquali. Itaque cùm ſæpe non conſtet, an æqualis utriuſque aut rerum aut operæ collatio facta ſit, ut omnis de hac re controverſia inter ſocios tollatur, rectè fecerint, ſi ipſi expreſsè partes ſocietatis conſtituant. Videtur tamen quod hìc ſimpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de qua ſub §. *ſeq.* Quod ſi ſocietas ea conditione contracta ſit, ut partes poſtea conſtituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda eſt, *l. 6. hoc tit.* Sed & ſi arbitrio tertii alicujus partium definitio permiſſa ſit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifeſta iniquitate arbitrium perſonæ electæ per judicium bonæ fidei corrigi, *l. ſocietatem. 76. cum 4. ll. ſeqq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio, ut ad unum duæ partes tam damni, quàm lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta eſt. Immo vix inæqualitatem habere videtur: quoniam incertum eſt, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum ſit: neque enim ſemper favente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

De partibus inæqualibus.

2. De illa ſanè conventione quæſitum eſt, ſi Titius & Sejus inter ſe pacti ſint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam ſocietatis talem pactionem eſſe exiſtimavit, & ob id non eſſe ratam habendam. Servius Sulpitius, (cujus ſententia prævaluit,) contra ſenſit; quia ſæpe quorumdam ita pretioſa eſt opera in ſocietate, ut eos juſtum ſit conditione meliore in ſocietatem admitti. Nam & ita poſſe coiri ſocietatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune ſit: quia ſæpe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii ſententiam obtinuit, ut illud quoque conſtiterit poſſe convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipſum Servius convenienter ſibi fieri exiſtimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut ſi in alia re lucrum, in alia damnum illatum ſit, compenſatione facta, ſolum quod ſupereſt, intelligatur lucro eſſe.

NOTÆ.

1. *Contra naturam ſocietatis*] Utpote quæ æqualitatem tamquam jure quodam fraternitatis deſideret, *l. 63. pr. eod.*

Servius Sulpitius] *l. 30. in fin. h. t.*

Opera alicujus pro pecunia] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & ſimilibus, *l. 29. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Sulpitium in caſu hic propoſito non tam improbaſſe videri ſententiam Mucii, quàm temperaſſe.*
2 *Improbatur eadem Mucii ſententia ſimpliciter.*
3 *Notabilia quædam circa caſum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4 *Si convenerit, ut unus lucri ſit particeps, damni immunis: & de leonina ſocietate.*

LUcri duæ partes, damni tertia] Difficulter in ſocietate coeunda admiſſum eſt, ut partes lucri & damni difformiter conſtituerentur; 1
veluti ſi convenerit, ut unus lucri partes duas, damni una tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio diſplicuit, ut naturæ ſocietatis, quæ æqualitatem deſiderat, contraria: ſed à Servio Sulpitio admiſſa eſt; cujus ſententiam prævaluiſſe teſtatur Juſtinianus.

Quia ſæpe quorumdam ita pretioſa eſt opera] Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbaſſe ſententiam Mucii, quàm temperaſſe: nimirum quod Mucius ſimpliciter dixit, iniquam eſſe hanc pactionem, naturæque ſocietatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni ſentiat, id Servium exiſtimaſſe verum non eſſe in omni ſocietate: iniquam quidem eam conventionem videri in ſimplici & æquali collatione rerum ſeu pecuniæ; quod etiam forte ſolum Mucius conſideravit: at iniquam non eſſe, ubi unus pecuniam tantùm, alter operam ſimul cum pecunia confert; immo juſtum eſſe, hunc meliore conditione in ſocietatem admitti. Igitur ne quidem ex ſententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis eſt operarum & ſortis collatio; ſed tunc demum ratum eſt, cùm inæqualis eſt collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus ſocietati confert, ſive pecuniæ, ſive operæ aut induſtriæ: quod etiam evidenter probare videtur reſponſum Ulpian. in *l. ſi non fuerint. 29. pr. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Joannem diſputavit, ejuſque ſententiam interpret. comm. *ad hunc §. & in d. l. 29.* ſequuntur. Gomez. *2. var. reſol. 5. num. 5.* Vveſemb. *parat. hic. n. 7.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 51.* Sed ut verum fatear, 2
non poſſum huic ſententiæ acquieſcere. Nam primum rationis eſſe videtur, ut expreſſa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus. 23. de reg. jur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ ſapiat

com-

communionem leoninam. Deinde quia apertè huic ſententiæ refragatur, quod ſimpliciter ſcriptum eſt §. *præc.* ſi partes expreſſæ fuerint, has ſervari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis eſt collatio, omnino accipiendum eſt: quoniam in collatione inæquali, etiamſi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta ſunt, conſtitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *ſeq. & l. Mucius.* 30. *in fin. eod.* Etſi verò hac ratione inducitur aliqua inæqualitas; non video tamen, cur non poſſit expreſſa conventione id effici, cùm non planè tollatur lucri communio, in qua conſiſtit ſocietatis ſubſtantia. Nec dubium eſt, quin ſocietas æquè ex parte donationis cauſa rectè contrahatur atque emptio venditio, *l. ſi quis.* 38. *de contr. empt.* Quare exiſtimandum potius eſt, Servium in reddenda ratione ſuæ ſententiæ reſpexiſſe ad id, quod plerumque evenit, ut ſcilicet unius opera ſit pretioſior, & plus ſocietati proſit, quàm alterius: de quo tamen in ſingulis perſonis inquirendum non ſit, cùm ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam ſufficiat, id evenire poſſe, & frequenter etiam evenire: neque aliud ſenſiſſe Ulpianum, aut nimiam ſolùm improbaſſe inæqualitatem, *d. l.* 29. *hoc tit.* Utut verò ſit, uſus hujuſmodi conventiones ſuſtinet, ut poſt Angel. Porc. & alios reſtatur Vveſemb. *hic. & in par. d. loc.* add. Menoch. 2. *de arb. jud. caſ.* 125.

3 *Vt alter pecuniam*] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente ſocietatem contrahi poſſe obtinuit, *l. 1. C. hoc tit.* & quidem ita, ut hìc dicitur, ut lucrum inter eos commune ſit. Quippe cùm ſæpe opera alicujus tanti ſit, quanti pecunia eſt. Tritum eſt illud Plauti, *Aſin. act. 1. ſc. 3.*

Par pari datum hoſtimentum eſt, opera pro pecunia, cui ſimile illud in *l.* 52. §. 2. *eod. pretium operæ & artis eſt levamentum, id eſt*, σήκωμα. Varro apud Non. *amuſſis eſt, æquamen, levamentum.* In codice Hetruſco præpoſtero litterarum ordine ſcriptum eſt *velamentum*. Nimirum qui artem operamve præſtat, non minus præſtare creditur, quàm is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis & ſimilibus intelligi debet, *d. l. ſi non fuerint.* 29. §. 1. *hoc tit.* Poſſunt igitur duo ſocietatem ſic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiſcatur ad merces emendas, emat, & vendat, ut ſic deinde lucrum commune ſit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum ſolo pecuniæ uſu, quo caſu ſors domino perit, & ſi ſalva eſt, domino ſalva eſt: aut opera confertur cum ipſo dominio pecuniæ, quo caſu qui operam impendit, particeps fit ſortis. In prima ſpecie comparatur cum opera non ſors, ſed periculum amittendæ ſortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter ſperari poterat. In altera operæ pretium habetur quaſi ſorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipſa ſorte partem habet, qui operam præſtat, ut eleganter Grot. 2. *de jur. bell. ac pac.* c. 12. *num.* 24. Covar. 3. *var. reſol.* 2. Atque hinc ſumenda deciſio quæſtionis agitatæ apud interpretes in *l. 1. C. hoc tit.* utrum in hoc genere ſocietatis pecunia collata communicetur, nec ne; & conſequenter, utrum finita ſocietate ea etiam inter ſocios dividenda ſit, an is, qui contulit, eam percipere debeat? Cui ſimilis eſt altera, utrum in hujuſmodi ſpecie damnum pecuniæ amiſſæ commune ſit, an ad eum ſolum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant Gail. 2. *obſ.* 24. *n.* 6. Fachin. 2. *contr.* 94. & 95. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 51. *n.* 4. & *vol.* 1. *deciſ.* 207. *n.* 8. & *ſeqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur] Ut ſociorum aliquis lucri ſit particeps, immunis damni, præter naturam eſt ſocietatis. Poteſt tamen ita conveniri ſine injuria: nam ſecundum Caſſium & Sabinum talis conventio iniqua non eſt, ſi tanti ſit opera, quanti damnum eſt; id eſt, ſi tanti eſt illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti eſt damnum acceptum, *d. l. ſi non fuerint.* 29. §. 1. *hoc tit.* D. Grotius loco præcitato ſcribit, mixtum eſſe hujuſcemodi contractum ex ſocietate & contractu avertendi periculi, quem aſſecurationem vocant; atque in eo ita ſervari æqualitatem, ſi tanto plus lucri ferat, quàm alioqui laturus fuerat, qui in ſe damnum recipit. Ait Juſtinianus *lucri partem*, diſertè *partem*. Nam talis ſocietas coiri non poteſt, ut unus lucrum tantùm, alter damnum aut damni partem ſine lucro ſentiat, *d. l.* 29. §. 2. quippe ita naturalis ſocietati eſt lucri communio, ut ſine ea nequeat ſocietas conſiſtere. Veteribus talis ſocietas, ex qua quis damnum tantùm, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur, *d. l.* 29. §. 2. appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æſopi de leone, aſino, & vulpe. Vid. Deſiderium noſtrum *in Chiliad.* 4

In alia re lucrum, in alia damnum] Lucrum non particulatim æſtimatur, ſed in ſumma ſummarum, hoc eſt, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impenſis ſupereſt. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, niſi deducto omni lucro, *l.* 30. *h. t.* Itaque ſi inter duos inita ſit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compenſatione, reperietur ſupereſſe lucrum ducentorum, qui ſecundum legem ſocietatis dividi debent.

TEXTUS.

De partibus expreſſis in una cauſa.

3. *Illud expeditum eſt, ſi in una cauſa pars fuerit expreſſa, (veluti in ſolo lucro,*

vel

vel in ſolo damno,) in altera verò omiſſa, in eo quoque, quod prætermiſſum eſt, eamdem partem ſervari.

COMMENTARIUS.

QUæ partes in cauſa lucri aut damni tantùm definitæ ſunt, eædem etiam in cauſa omiſſa tacitè definitæ intelliguntur: verbi cauſa, ſi ea lege ſocietas coita ſit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacitè actum intelligitur, ut eaſdem partes & in damno agnoſcant: & ſi convenerit, ut partes lucri æquales ſint, tacitè conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune ſit. Idque locum etiam habet in ſocietate conjugali, puta ſi pacto antenuptiali placuerit, lucra ex quæſtu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. Everhard. *conſil.* 197. Chriſtin. *vol.* 2 *deciſ.* 51. *num.* 2. Ratio hujus juris afferri hæc ſolet, quod id, quod generaliter diſpoſitum eſt in uno correlativorum, etiam diſpoſitum cenſeatur in altero; ſed parum, ut mihi videtur, ſubtiliter. Neque enim à natura relatorum, ſed à paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoſcere videntur illi, qui non ſimpliciter, quod in uno correlatorum diſpoſitum eſt, in altero quoque diſpoſitum cenſeri tradunt, ſed addito hoc temperamento, quando utriuſque par ratio eſt. Bald. *in l. fin. C. de ind. vind. toll.* Jaſ. *in l.* 1. *C. de in jus voc.* Chriſtin. *d. loc.*

TEXTUS.

Quibus modis ſocietas ſolvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem ſocietas eo uſque, donec in eodem conſenſu perſeveraverint. At cùm aliquis renunciaverit ſocietati, ſolvitur ſocietas. Sed planè ſi quis callide in hoc renuntiaverit ſocietati, ut obveniens aliquod lucrum ſolus habeat; veluti ſi totorum bonorum ſocius, cùm ab aliquo hæres eſſet relictus, in hoc renunciaverit ſocietati, ut hæreditatem ſolus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid verò aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipſum ſolum pertinet. Ei verò, cui renunciatum eſt, quicquid omnino poſt renuntiatam ſocietatem acquiritur, ſoli conceditur.*

COMMENTARIUS.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è ſociis renunciatione ſocietatem ſolvi, adeoque tunc etiam, cùm in perpetuum coita eſt?*
2 *Quibus ex factis renuntiatio tacitè facta intelligatur?*
3 *Malitioſa renunciatio quatenus cui noceat?*

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & ſuis quibuſdam modis ſolvantur, quos Juſtinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti ſunt, explicare voluit. In ſocietate id facit hoc loco, in mandato tit. ſeq. Societas proprio jure ſolvitur quatuor fere modis: renuntiatione, morte, capitis minutione, egeſtate unius, *l.* 4. §. 1. *l. verum.* 63. §. *ult. hoc tit.* Quæ ſingula ordine latius declarabuntur.

Donec in eodem conſenſu] Tamdiu ſocietas durat, quamdiu conſenſus partium perſeverat, *l.* 5. 1
C. eodem. Et ſi quidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab inſtituta conjunctione diſcedatur, ſecundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ conſenſu contrahuntur, invicem liberantur, §. *ult. inſ. quib. mod. toll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus eſt, quod etiam poſtquam res integra eſſe deſiit, id eſt, poſtquam jam collatio & communicatio facta eſt, ab eo recedi & vel unius voluntate poteſt; quomodo in ſpecie dicitur ſocietas diſſolvi renuntiatione.

Cùm aliquis renuntiaverit ſocietati] Hoc in contractu ſocietatis jure ſingulari receptum eſt contra regulas communes de diſſolvendis obligationibus, *l.* 5. *C. de obl. & act. l.* 3. *C. de reſc. vend.* Idque duplici de cauſa: primum quia ſocii officium invicem præſtant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione ſocietatis, quæ rationem quamdam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum.* 63. *pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia diſcordias inter non conſentientes excitare ſolet, *l. cum pater.* 77. §. *dulciſſimis.* 20. *de legat.* 2. Adeo autem viſum eſt, ex natura eſſe ſocietatis, unius diſſenſu totam diſſolvi, ut quamvis ab initio convenerit, ut ſocietas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea reſilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tamquam factum contra naturam ſocietatis, cujus in æternum nulla coitio eſt, *l. nulla.* 70. *hoc tit.* contemnere liceat, *l.* 14. *eod.* Nam quod Paulus ſcribit, *l.* 1. *eod.* ſocietatem etiam in perpetuum coiri poſſe, nihil aliud ſignificat, quàm ſine ulla temporis præfinitione, aut donec ſocii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, ſed ut ſolo lapſu temporis non finiatur ſocietas. Porro autem renuntiatione diſſociamur, aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cùm cæteris annuntiatur ut res ſuas ſibi habeant atque agant, *d. l.* 63. *in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. novatione actio- 2
nis pro ſocio ab uno ex ſociis facta, *l. actione.* 65. *pr. eod.* quod etiam ſignificat Ulpianus, cùm dicit, ſocietatem etiam ab actione ſeu ab interim actionis diſtrahi, *d. l.* 63. §. *ult.* 2. actione pro ſocio ab uno adverſus alios inſtituta diſtrahendæ ſocietatis cauſa, *d. l. actione.* 65. *in pr.* junct. §. *pen.* add. *vaì vaì*, Salic. *in l.* 5. *C. eod.* 3. cùm ſeparatim agere cœperint, & ſibi quiſ-

Digitized by Google

quiſque negotiari, *l. itaque. 64. eod.* velutii ſi Typographi aliquot, qui antea communibus ſumptibus libros imprimendos curabant, poſtea ſinguli domi ſuæ ſibi imprimere cœperint, & commune impendium facere deſierint, tacitè renuntiaſſe ſocietati intelliguntur.

3 *Si quis callidè renuntiaverit*] Quævis renuntiatio quantumvis inſidioſa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo ſocios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat à ſociis, ſed ea ſolùm, quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantùm ſi callidè & malitioſè facta ſit, cujus exemplum hìc profertur: verùm etiam, quæ facta ſit abſenti, quoad is ſcierit, *l. 17. §. 1. eod.* item ſi facta intempeſtivè, id eſt, ante tempus conventum, (niſi ex nova cauſa, *l. 14. & 2. ſeqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è ſociis, ſed ſocietatis interſit, eam non dirimi. Qui ſic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet, *d. l. 7. §. 1. l. actione. 65. §. 3. 5. & 6. eodem.*

Veluti ſi totorum bonorum ſocius] Expreſsè mentionem tantùm facit ſocii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Juriſconſultus in *d. l. actione. 65. §. 3.* quoniam ut commodum hæreditatis uni acquiſitæ communicetur, extra cauſam ſocietatis omnium bonorum aut ſpecialem conventionem locum non habet, *l. 3. §. 1. l. 7. eod.*

Quod non captaverit] Si renuntiandi lucrum aliquod poſt renuntiationem obvenerit, quod in renunciatione non ſpectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admiſit, *d. l. actione. 65. §. 3.*

Cui renuntiatum eſt] Cui doloſè renuntiatum eſt, is nihil ejus lucri, quod poſt renuntiationem aliunde quæſivit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à ſociis non liberat; ſocios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione. 65. §. 3.*

Textus.

De morte.

5. *Solvitur adhoc ſocietas etiam morte ſocii, quia qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit. Sed & ſi conſenſu plurium ſocietas contracta ſit, morte unius ſocii ſolvitur, etſi plures ſuperſint: niſi in coeunda ſocietate aliter convenerit.*

Notæ.

5. *Niſi, &c. aliter convenerit*] Id eſt, ut uno mortuo nihilominus inter ſuperſtites ſocietas continuaretur, *d. l. 65. §. 9.* Quamvis autem hæres in ſocietatem non ſuccedit, tenetur tamen actione pro ſocio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præſtet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegeſto pendet, *d. l. 65. §. 9. l. 39. & ſeq. eod.*

Commentarius.

1 *Cur viſum, ut morte & vel unius e pluribus tota ſolvatur ſocietas: & quo id pertineat? num. 3.*

2 *Ratam eſſe conventionem, ut mortuo uno, inter ſuperſtites ſocietas perſeveret.*

Etiam morte unius ſocii ſocietas ſolvitur, 1 *l. 4. §. 1. l. nemo. 35. l. cum duobus. 52. §. idem. 9. l. adeo. 59. l. verum. 63. §. ult. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* Et hoc genus diſtrahendæ obligationis ſocietatis proprium eſt, recedens ab illo communi, quo placet, hæredem in eamdem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, ſuccedere, *§. ult. præc. tit. l. hæres in omne. 37. de acq. hær. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* ſed admiſſum in ſocietate ex natura hujus contractus: atque eadem ratione, qua in mandato quoque placet morte mandatarii ſolvi mandatum; nimirum quia in ſocietate non tantùm rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verùm inſuper etiam fidei & induſtriæ, quæ ad hæredes non tranſeunt, contemplatio verſatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui ſocietatem contrahit, certam perſonam ſibi eligit*, cujus ſcilicet fidem, induſtriam, res & facultates ſequatur. Uſque adeo autem morte ſocii dirimi ſocietatem placet, ut nec ab initio paciſci poſſimus, ut hæres in ſocietatem ſuccedat, *d. l. nemo. 35. d. l. adeo. 59. hoc tit.* quaſi & tale pactum naturæ ſocietatis repugnet, ut quis invitus ſocius efficiatur, cùm non vult, *d. l. actione. 65. §. ſocietas. tit. eod.* Exceptæ tamen ſunt ſocietates vectigalium, in quibus hujuſmodi conventiones ob publicam utilitatem admiſſæ: manetque hoc caſu ſocietas etiam poſt mortem, niſi forte is mortuus ſit, cujus contemplatione potiſſimum ſocietas coita, aut ſine quo ea adminiſtrari non poſſit, *d. l. adeo. 59. l. verum. 63. §. in hæred. 8. eod.*

Sed & ſi conſenſu plurium] Et ſi plures, quàm duo, ſocietatem coierint, & unus tantùm ex his mortuus ſit, totam tamen ſocietatem diſſolvi placet, id eſt, non tantùm diſſolvi quoad perſonam hæredis defuncti, ſed ita, ut nec qui ſuperſunt, ſocietati obligentur, *d. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* Ratio eſt, quoniam cùm plures ſocietatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam accedunt, ut proinde vel uno ſublato, amplius in ſocietate manere nolle videantur.

Niſi in coeunda ſocietate aliter convenerit] Si 2 in contrahenda ſocietate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui ſuperſtites futuri ſint, ſocietas maneat, rata eſt inter vivos & conſentientes conventio, *d. l. actione. 65. §. morte. 9.* Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. cum duobus. 52. §. idem. 9. l. adeo. 59. eod.* Confundit Hotomannus

duo

duo diſſimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in ſocietatem ſuccedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures ſocietatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter ſuperſtites ſocietas continuetur. Quod valere poſt Paulum in *d. l. actione. 65.*
3 *§. morte. 9.* tradit Juſtinianus hîc. Illud obiter monendi ſumus, cùm morte ſocii ſolvi dicitur ſocietas, id non eo pertinere, ut hæres ſocii non teneatur actione pro ſocio ex ea obligatione, quæ ſtante ſocietate nata eſt, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præſtet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegeſto pendet, *d. l. nemo. 35. & l. ſeq. d. l. verum. 63. §. in hæredem. 8. d. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* ſed ut intelligamus, hæredem neque ſocium eſſe, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea ſocietate eſſe poſſit, in reliquum tempus vocari.

TEXTUS.

De fine negotii.

6. *Item ſi alicujus rei contracta ſocietas ſit, & finis negotio impoſitus eſt, finitur ſocietas.*

COMMENTARIUS.

SI ſocietas certæ alicujus negotiationis cauſa inita ſit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, fine negotio impoſito, id eſt, empto diſtractoque vino aut frumento, ſocietas extinguitur, *d. l. actione. 65. §. item, ſi. 10. d. l. verum. 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur ſocietatis; utpote cui ea lex ab initio dicta ſit. Idem eſt, ſi ad certum tempus contracta ſit ſocietas: nam exacto tempore ea expirat. *fac. d. l. actione, 65. §. item qui. 6.*

TEXTUS.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque diſtrahi ſocietatem manifeſtum eſt, ſcilicet ſi univerſa bona ſocii publicentur: nam cùm in ejus locum alius ſuccedat, pro mortuo habetur.*

COMMENTARIUS.

QUod Paulus *d. l. actione. 65. §. publicatione. 12. hoc tit.* unde hic locus deſumptus eſt, dicit, publicatione bonorum ſocii diſtrahi ſocietatem, hoc Modeſtinus & Ulpianus dixerunt, ſocietatem ſolvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d. l. verum. 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cùm ſocius ſeveritate ſententiæ aut in ſervitutem redigitur, aut in inſulam deportatur, quo caſu bona damnati publicari ſolent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui teſtam. fac.*

Poterat hæc ſpecies diſſociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte ſocii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta eſt, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum. 63. §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad ſequens genus referri poteſt. VINN. Atqui ſi obæratus bonis cedit, bona non publicantur, ſed venduntur; nec is pro mortuo habetur, cujus ſubſtantia veniit, ſed cujus bona ob delictum conſecrata publicatave ſunt. Vid. *l. 63. §. 10. l. 58. l. 65. §. 1. & 2. ff. pro ſoc.* HEIN.

Alius, ſuccedat] Intellige fiſcum, qui bona damnatis ablata occupat, & ſibi vindicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante ſent. vel mort. ſibi conſciv. &c.*

TEXTUS.

De ceſſione bonorum.

8. *Item ſi quis ex ſociis mole debiti prægravatus bonis ſuis ceſſerit, & ideo propter publica & privata debita ſubſtantia ejus veneat, ſolvitur ſocietas. Sed hoc caſu ſi adhuc conſentiant in ſocietatem, nova videtur incipere ſocietas.*

NOTÆ.

8. *Bonis ſuis ceſſerit*] *dict. l. 65. §. 1.* Hoc Modeſtinus dixit, egeſtate diſſociari, *l. 4. §. 1. eod.*

COMMENTARIUS.

POſtremo etiam egeſtate unius ſocii ſocietas ſolvitur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* egeſtate ſcilicet extrema, id eſt, bonorum omnium, aut rantum non omnium amiſſione. Nam cùm ſocietas contrahatur bonorum in commune quærendorum cauſa, non magis bonis ſublatis ſocietati locus eſſe poteſt, quàm ſublata perſona ſocii. Amittuntur bona aut civitate ſalva, veluti ceſſione, id eſt, ſi ſocius ære alieno oppreſſus bonis ſuis creditoribus ceſſerit, eaque à creditoribus diſtracta fuerint, *l. 3. de ceſſ. bonor.* ac tum etiam ſocietatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione. 65. §. 1. eod.* aut civitate una cum bonis amiſſa, ut in ſpecie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipſum verbum publicationis ſatis indicat: eaque conſideratione illa quoque ad hanc ratione diſſolvendæ ſocietatis referri poteſt. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione ſola ſocietatem ſolvi negat Stracha *de decoctor. part. 2. n. 47.* niſi ea ad manifeſtam egeſtatem ſocium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hic. cap. 8* Non puto autem, quod hîc traditur de diſſolutione ſocietatis ob amiſſionem bonorum, locum habere eo caſu, quo nihil pecuniæ in ſocietatem collatum eſt, aut quo

ille,

ille, qui operam tantùm contulit, bona ſalva civitate amiſit, niſi forte ob bona amiſſa ſeparatam operam præſtare nequeat.

Si adhuc conſentiant] Nihil prohibet, cum ſocio, qui bonis ceſſit, renovare ſocietatem: quippe qui cùm civis maneat, alia bona acquirere poteſt, vel operis ſuis vel alieno beneficio, *l. 6. de ceſſ. bon.*

Textus.

De dolo & culpa à ſocio præſtandis.

9. Socius ſocio utrum eo nomine tantùm teneatur pro ſocio actione, ſi quid dolo commiſerit, ſicut is, qui deponi apud ſe paſſus eſt; an etiam culpæ, id eſt, deſidiæ atque negligentiæ nomine, quæſitum eſt. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactiſſimam diligentiam dirigenda eſt. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere ſocium, qualem ſuis rebus adhibere ſolet. Nam qui parum diligentem ſocium ſibi adſumit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet.

Notæ.

9. *Socius ſocio*] Ex Cajo *l. 72. h. t.* Actio pro ſocio ex utroque latere directa eſt: nam utriuſque ſocii par eſt conditio.

Qualem ſuis rebus adhibere] Id eſt, mediam, qualem plerique patresfam. ſuis rebus adhibent, *l. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam leviſſimam ſocius præſtat. Quod & ipſum convenit regulæ de contractibus, qui utriuſque gratia fiunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

De ſe queri] Eadem ratione utitur *ſup. §. ult. quib. mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior eſt illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium verſatur utilitas.

Commentarius.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum ſocius ſocio doli dumtaxat, an etiam culpæ ſeu negligentiæ nomine obligetur?*

2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio ſocietatis exigenda?*

3 *Nodus Gordius, quem nectit* l. 32. depoſ. *ſolutus.*

4 *Fortior ratio, ob quam ſocius mediæ præſtatione diligentiæ obſtringitur, quàm quæ hìc in calce affertur.*

HÆc etiam ſunt apud Cajum *l. ſocius. 72. hoc tit.* cujus verba huc tranſtulerunt Compoſitores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quàm vulgo interpretes opinantur. Illud conſtat, ſocietatem eſſe ex numero eorum contractuum, qui utriuſque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque ſocietatis mentio fit,) & dolus & culpa præſtatur. Sed & illud certum eſt, appellatione culpæ, quoties ea abſolutè ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo ſignificari, latam culpam comprehendi nomine doli. Vid. *ſup. §. 2. quibus mod. re contr. obl.* Quapropter nulla videtur eſſe 1 probabilis dubitandi cauſa, utrum ſocius doli nomine dumtaxat, ſicut depoſitarius; an verò etiam ob culpam ſeu deſidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæſitum eſſe ait hìc Juſtinianus, & ex veteribus Ulpianus in *l. cum duobus. 52. §. 2. eod.* Illa ſanè dubitandi ratio ſatis juſta non eſt, quod ſocius propter ſuam partem cauſam habet gerendi: ſiquidem hoc à culpa neminem excuſare poteſt; ſed tantùm facit, ut culpa non æſtimetur oppoſitu diligentiæ ſummi gradus; id eſt, ne præſtetur culpa leviſſima, *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. fam. erciſc.* Fortaſſis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. & *d. l. ſocius. 72.* dicitur, is qui parum intelligentem ſocium ſibi adſcivit, de ſe queri, ſuæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et ſanè hanc rationem Juſtinianus & Cajus alibi afferunt, tamquam ob quam placeat, depoſitarium dolum tantùm, non etiam culpam aut negligentiam præſtare. *§. pen. ſup. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act.* Verùm iidem hoc loco, & *d. l. ſocius. 72.* eo argumento utuntur, non ut probent, ſocium de dolo tantùm teneri, ſed ut probent, eum compellendum non eſſe ad præſtandam exactiſſimam diligentiam, ſive, quod idem valet, ſufficere ſi mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominem modum, careat. Sed non eſt, quod in eo nos torqueamus, cùm alia & certa ratio ſit, quæ manifeſtè efficiat, ut in ſocietate non modo dolus, ſed etiam culpa præſtetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum ſocietatis ad omnes ſocios pertinet: quæ res etiam apertè ſocios ſeparat à depoſitario, qui onus tantùm ſuſtinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc polita non eſt tota hujus loci difficultas. Vinn. Immo juſtiſſima videtur fuiſſe dubitandi ratio. Quod levem culpam præſtare debeat ſocius, ſuadere videbatur natura contractus, ad utriuſque emolumentum comparati. Aſt quum hic contractus id ſingulare habeat, ut & ſocium ſibi quiſque adſumat, & ſi eum parum diligentem eſſe videat, illum ſuas res habere jubere poſſit; nulla videbatur ratio, cur ſocius eam à ſocio diligentiam exigeret, quam diligentes patresfam. in rebus ſuis adhibere ſolent, quum ordinaria ejus diligentia contentus, eum & elegerit, & ſocium ſibi retinuerit. Quare demum placuit media ſententia, ut levem quidem culpam præſtet

ſo-

Digitized by Google

ſocius, ſed non in abſtracto, qui vocant, verùm in concreto, id eſt non talem præſtet diligentiam, qualem frugi patresfamilias adhibere ſolent, ſed qua ipſe ſocius in rebus ſuis utitur. Atqui latæ culpæ reus eſt, qui minus diligens eſt in rebus alienis, quam in ſuis *l. 32. ff. depoſ.* Id quidem verum in iis contractibus, in quibus culpa levis in abſtracto præſtanda. Sic enim verum eſt, culpam levem eſſe, ſi quis non eam diligentiam adhibet, quam adhibet paterfamilias diligens: latæ profecto culpæ reus erit, qui in alienis rebus, ne ea quidem diligentia utitur, qua uti ſolet in ſuis. Plura eam in rem alibi diximus. HEIN.

Qualem ſuis rebus adhibere ſolet] Didicimus ſocium ſocio non modo eo nomine teneri, ſi quid dolo commiſerit, verùm etiam nomine culpæ ac deſidiæ: atque in hoc diſtare ſocium ab eo, cui res cuſtodienda data eſt, ſeu depoſitario, qui dolum præſtet dumtaxat. Porro
2 nunc docemur, ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio ſocietatis examinanda ſit; quod & ipſum dubio carere videtur, ſi in ſocietate quoque regulam de contractibus, quæ utriuſque utilitatem tangunt, ſervari placet, & culpæ nomine ex uſu juris auctorum levem tantùm accipimus, non etiam leviſſimam. Ait Juſtinianus, culpam in ſocietate non ad exactiſſimam diligentiam dirigendam eſſe, ſed ſufficere talem diligentiam communibus rebus ſocium adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſo-
3 let. Quæ ſunt ipſiſſima verba Caji in *d. l. ſocius. 72. hoc tit.* Hic verò nobis pæne indiſſolubilem nodum nectit reſponſum Celſi in *l. quod Nerva. 32. depoſ.* ubi Juriſconſultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam dolum eſſe, ſcilicet vi & effectu, ut non minus, quàm dolus in depoſito præſtetur. Hujus autem culpæ reum eſſe ait, qui minus diligens eſt in rebus alienis, quàm in ſuis, ſive, ut loquitur Juriſconſultus, qui non ad ſuum modum curam in depoſito præſtat. At nihil amplius Juſtinianus à ſocio exigere videtur: inter quem tamen & depoſitarium hanc ipſe differentiam antea conſtituit; quod ſocius præter dolum etiam culpam & negligentiam præſtet, depoſitarius non item. Et cujus igitur rei præſtatio ſocium à depoſitario ſegregat? Non aliter videtur hic nodus expediri poſſe; quàm ſi dicamus, Juriſconſultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quàm ſuam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præſtet depoſitarius: aliquando verò id factum adſcribere culpæ levi & negligentiæ, quam præſtet ſocius, depoſitarius non præſtet. Illud Celſus facit in *d. l. quod Nerva. 32. depoſ.* hoc alii paſſim, ut Juſtinianus hic. Cajus in *dict. l. ſocius. 72.* item Paulus *l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. famil. erciſc. l. in rebus. 17. de jur. dot.* & Ulpianus *l. 1. de tutel. & ration. diſtr.* ſed animadvertendum eſt, Celſum expreſsè proponere ignavum aliquem & diſſolutè negligentem, id eſt, talem, qui nec, ut ait ipſe, ad eum modum diligens ſit, quem hominum natura deſiderat. Hunc ait, ſi ne ad ſuum quidem modum curam rei alienæ præſtet, reum eſſe culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari poteſt. At extra hunc caſum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, ſeu bono alioqui & frugi patreſam. ſi quando is conſuetam in ſuis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiſerit, levem culpam id reputabimus: atque omnino exiſtimandum eſt, curam diligentis hominis conſiderari, quoties ſimpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præſtare ſolet in rebus propriis, *argum. d. l. quod Nerva. 32. depoſ.*

De ſe queri ſibique hoc imputare] Hæc ratio 4
efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à ſocio exigenda ſit, per *l. 1. §. is quoque. 5. de oblig. & action. & §. pen. ſup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in ea ſocietate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverſo alia eſt & fortior, ob quam juſtum ſit ſocium præſtatione mediæ diligentiæ adſtringi; nimirum quia in hoc contractu omnium verſatur utilitas: tantùm hoc efficit, ut à ſocio non ſit exigenda diligentia ſumma atque exactiſſima, quam forte aliquis putet à ſocio præſtandam eſſe, propterea quod ea ſocietatis natura eſt, ut diligentiam quamdam atque induſtriam ſociorum deſideret, quam ipſam etiam ſinguli in ſe ſuſcipere & tacitè promittere videantur.

TITU-

Titulus Vigesimusseptimus.

DE MANDATO.

Dig. Lib. 17. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 35.

Continuatio. Definitio mandati, ejuſque per partes explicatio: & alia ſcitu in primis neceſſaria.

SUpereſt contractuum, qui conſenſu obligationem pariunt, ſpecies quarta & poſtrema, mandatum videlicet. Mandatum, (quod à manu, quæ fidei ſymbolum eſt, dictum putatur,) eſt contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & ſuſcipitur. Ajo *gerendum*, quoniam mandare non eſt quovis modo committere, ſed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non eſse mandare, eumque, qui ſimpliciter amicum commendat, non obligari, etiamſi quid in eum propter commendationem iſtam collatum fuerit, *fac. l. ſi vero.* 12. §. *cum quidam.* 12. *hoc tit.* Unde vulgo dicitur, verba aut ſcripta commendatitia non inducere obligationem mandati, *l. fideicommiſſa.* 11. §. 2. *de legat.* 3. An & quatenus quis obligetur ex litteris credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius ſcriptis, ſi earum contemplatione quid creditum ſit? vid. Gomez. 2. *var. reſol.* 13. *n.* 5. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 34. *n.* 6. Gloſs. & DD. *in l. ſi litteras.* 7. *C. hoc tit. l. Lucius.* 24. *de fidejuſſ. l. ſi vero.* 12. §. *cum quidam.* 12. *hoc tit.* Ajo *committitur & ſuſcipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etſi etiam mandatum verbi proprietate tantùm deſignet factum mandantis; tamen pro toto contractu paſſim accipitur & facto utriuſque; veluti cùm dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum eſse oportere, obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus obſervatur, ut in ſtipulatione, acceptilatione, fidejuſſione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. ſub* §. *ultim.* Suſcepto mandato ſtatim ex conſenſu naſcitur obligatio, & qui ſuſcepit, ſuſceptum conſummare, & viciſſim qui mandavit, eum indemnem præſtare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa; mandatario contraria, *paſſ. ff. & C. hoc tit.* Cùm autem mandati obligatio conſenſu conſiſtat, conſequens eſt, poſse & per nuntium & per epiſtolam mandatum contrahi: nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l.* 1. *pr.* §. 1. *& 2. eodem*. Quin interdum etiam tacitè mandatum contrahi intelligitur, veluti ſi patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur.* 18. *eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia, & affinia dein ſequuntur.

Vinnius in Inſtitut.

Textus.

Diviſio à fine.

Mandatum contrahitur quinque modis, ſive ſua tantùm gratia aliquis tibi mandet, ſive ſua & tua, ſive aliena tantùm, ſive ſua & aliena, ſive tua & aliena. At ſi tua tantùm gratia tibi mandatum ſit, ſupervacuum eſt mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio naſcitur.

Notæ.

Mandatum contrahitur] Ex Cajo *l.* 2. *h. t.* Mandare eſt gratuito aliquid gerendum committere. Vid. *inf. in comm.*

Commentarius.

MAndatum varias recipit diviſiones. Nam aliud eſt expreſſum, aliud tacitum, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur.* 18. *hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod univerſa alicujus negotia continet, & ſpeciale, quod quædam, aut unum tantùm. Illud vulgo ſubdividi ſolet in generale ſimplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus ſub §. *nihil autem.* 42. *ſup. de rer. diviſ.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia aut extrajudicialia ſunt, diſtingui poteſt. Hic alia proponitur diviſio, ſumpta à fine, eaque quinque partita, quod ſcilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantùm gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantùm, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum *l.* 2. *hoc tit.* Unde etiam ſequentes §§. deſcripti ſunt. In quibus ſingulæ iſtæ formæ exemplis illuſtrantur. Poterat hic addi & ſexta ſpecies, quando trium perſonarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & alienа, cujus exempla in *l.* 8. §. 3. *&* 4. *eod.*

At ſi tua tantùm gratia] Quod mandatum ſolius mandatarii gratia interponitur, forma tantùm externa mandatum eſt, revera conſilium potius, quàm mandatum; & ideo vim obligandi non habet. Vid. *inf.* §. *tua tantum.* 7.

Textus.

Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantùm gratia intervenit mandatum, veluti ſi quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo ſponderes.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 An & quando valeat mandatum incertæ rei?

EXempla primæ ſpeciei, ſeu ejus mandati, quod ſolius mandantis gratia intervenit, ex Cajo *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* Apud Cajum pro eo, quod hìc legitur *ſponderes*, eſt *fidejuberes*: quod à Triboniano repoſitum exiſtimat Hotomannus, cùm veteres *ſpondere* dixerint, pro *fidejubere*, quaſi apud Cajum & alios ejuſdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non ſæpius *fidejubere*, quàm *ſpondere* invenias. Locus hic alioqui planus eſt. Enim verò occaſione exempli mandati
1 de fundo emendo quæritur, an mandatum rei incertæ valeat, puta ſi quis generaliter mandaverit, ſibi emi ſervum aut equum; vel ſi quis mandaverit ſibi emi fundum aut domum ſine demonſtratione poſſeſſoris loci, modi, aut magnitudinis? Et probandum, in prioris generis mandato non eſſe eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet; in poſteriore eſſe infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum poſt. 69. §. 4. de jur. dot. l. ita ſtipulatus. 115. pr. de verb. obl. l. domus. 71. pr. de legat. 1.* add. quæ diſputamus ſub *§. ſi generaliter. 22. ſup. de legat.* Planè ſi per relationem aut analogiam de modo prædii conſtare poteſt, puto mandatum conſiſtere; veluti ſi mandavi domum emendam habitationi meæ, vel agrum, unde frumentum annuum victui meo ſuppetat. Illud conſtat, non obeſſe mandato, quod pretium rei emendæ ſtatutum non eſt: intelligitur enim, judicio mandatarii id relictum eſſe ſecundum æſtimationem communem, *l. 3. §. 1. hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic. cap. 2.*

TEXTUS.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis, veluti ſi mandet tibi, ut pecuniam ſub uſuris crederes ei, qui in rem ipſius mutuaretur: aut ſi volente te agere cum eo, ex fidejuſſoria cauſa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipſius periculo ſtipuleris ab eo. quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

NOTÆ.

2. *Ex fidejuſſoria cauſa*] Nam jure veteri fidejuſſor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuſſ.* quod mutatum *Nov. 4.* Commodum hìc creditoris mandatarii in eo, quod judicium cum reo inſtituitur periculo mandantis, cùm abſque mandato foret, ut electione rei fidejuſſor liberetur, *l. ult. C. de fidejuſſ.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc eſt in *l. 22. §. 2. l. 45. §. ult. h. t.*

Quem tibi deleget] Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *l. 26. §. 2. eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita ſubſtituitur, ut nihilominus ex mandato agi poſſit in id, quod minus ab illo ſervari potuit, *d. l. 22. §. 2. d. l. 45. §. pen.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ ſpeciei, ſeu mandati, quod in rem mandantis fit & ſimul mandatarii, tria exempla hìc proferuntur. Primum eſt, ſi mandem alicui, ut ſub uſuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus ſit. Hìc manifeſtum eſt verſari mandantis commodum, & propter lucrum uſurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajus in *l. 2. §. tua & mea. 4. hoc tit.* Alterum exemplum eſt, ſi fidejuſſor, metuens ne ex cauſa fidejuſſoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat ſuo mandantis periculo. Commodum hìc fidejuſſoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cùm alioqui agi cum eo ex cauſa fidejuſſionis potuiſſet, reo principali neglecto: ſiquidem jure veteri fidejuſſor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuſſ.* de quo alio loco dictum eſt. Commodum creditoris mandatarii, in hoc quod judicium inſtituitur periculo mandantis, cum quo poſtea mandati agi poteſt in id, quod à reo ſervatum non erit: cùm abſque mandato foret, ut electione rei fidejuſſor liberetur ſecundum tenorem juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuſſ.* ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur: quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum eſt, ſi is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari rogavit creditorem, ut ea centum ſuo mandantis periculo ſtipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriuſque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore cauſa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita ſubſtituitur, ut nihilominus ex ſequenti mandato cum priore agi poſſit in id, quod minus ab illo ſervari potuit. Duo poſteriora exempla ſunt etiam apud Paulum, *l. ſi mandavero. 22. §. 2. l. ſi mandati. 45. §. pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

Si aliena.

3. *Aliena tantum cauſa intervenit mandatum, veluti ſi tibi aliquis mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes.*

NOTÆ.

3. *Aliena tantùm cauſa*] Particula taxativa *tantùm* & apud Cajum bis expreſſa eſt, *d. l. 2. pr. & §. 2.* eamque & Theoph. agnoſcit ut mirum ſit, Hotomannum & Pac. cenſere delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

Ut Titii negotia gereres, &c.] In his exemplis etſi ab initio nihil intereſt mandatoris, tamen ex

poſt

poſt facto ut interſit fieri poteſt: nempe cùm ex geſtu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum geſtorum, *l.* 28. *de neg. geſt.* Non obſtat igitur *l.* 8. §. 6. *h. t.*

Commentarius.

1 *Adverſus ſpeciem hic propoſitam quæ difficultates moveantur?*

2 *Earum difficultatum remotio.*

Afferuntur hîc ex Cajo *l.* 2. §. 2. *hoc tit.* exempla tertiæ ſpeciei, ſeu mandati aliena tantùm gratia interpoſiti: quæ ſpecies difficultate

1 non caret. Etenim explorati juris eſt, nemini actionem competere, niſi ei, cujus interſit, *l. qui fundum.* 32. *locat.* §. *alteri.* 18. *ſup. de inut. ſtip.* quod & nominatim in cauſa mandati cautum, *l.* 8. § *mandati.* 6. *hoc tit.* ubi Ulpian. ſic ſcribit: *Mandati actio tunc competit, cùm cœpit intereſſe ejus, qui mandavit: cæterum ſi nihil intereſt, ceſſat mandati actio: & eatenus competit, quatenus intereſt.* Atqui ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ ſunt exempla hujus §. nihil intereſt mandantis: utique ſi Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, dumtaxat conſideretur: quo ſenſu alibi dicitur, nihil intereſſe mea, Titio dari. *d.* §. *alteri.* 18. *l. ſtipulatio iſta.* 38. §. *alteri.* 17. *de verb. obl.* Et omnino fatendum eſt, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, niſi ipſius interſit.

2 Sed reſpondemus, illud mandatum diei aliena tantùm gratia intervenire, quod ut fiat, ſtatim & ab initio nihil intereſt mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris intereſſit, quo tempore mandatum interponitur, ſed ſufficeit, quandocumque ex poſtfacto incipere intereſſe. Ut ecce, poſſum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil intereſt, ut Titii negotia geras: & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea intereſſe cœperit, id eſt, cùm ex geſtu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorum geſtorum *l. ſi quis.* 28. *de neg. geſt.* Mandavi tibi, ut Titio pecuniam crederes, cùm mea pecuniariter non intereſſet, Titio credi: ſi non credideris, concedo nullam mihi tecum eſſe actionem mandati. At ſi tu mandatum meum ſecutus, (neque enim neceſſe eſt, te explorare, utrum mea interſit, necne,) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque viciſſim mihi teneberis directa, ſi non ex bona fide omnia geſſiſti, *l.* 6. §. *ſi tibi.* 4. *hoc tit.* Quod verò apud Ulpian. *d. l.* 6. §. *planè.* 5. traditur, etſi mea non interfuit, quod tibi mandavi, tua tantùm interfuit, mandati tamen actionem eſſe, ſi non eſſes facturus, niſi ego mandaſſem, de contraria mandati actione intelligendum eſt, quæ quibuſdam caſibus competit, etiam ubi nulla directa eſt, ut in ſpecie *l. ſi hæreditatem.* 32. *in pr. eod.* Hæc mihi expeditiora videntur, quàm illa aliorum, quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum eſt commodum & intereſſe mandantis: dixi autem, aliena tantùm gratia id interponi, non quia in propoſito non ſimul interveniat cauſa mandantis, ſed quia cauſa aliena hic principalis; vel ut alii, quia perſona aliena dumtaxat mandato comprehenſa eſt: quam interpretationem vix admittit *d. l.* 6. §. 4. & reſpuere videtur particula taxativa *tantùm*, quæ bis etiam apud Cajum expreſſa eſt, *d. l.* 2. *pr.* & §. 7. ut mirer, Hotomannum & Pacium cenſuiſſe delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet. Vinn. Rectè nodum hunc ſolvit Vinnius, quod & alii, in primis Marcilius ad *h.* §. faciunt. Omnino enim intereſt mandatoris, etiamſi aliena tantum gratia mandarit. Quamvis enim alter inde utilitatem capiat, penes mandantem tamen eſt periculum, quippe qui actione mandati contraria tenetur, ſi mandatarius mandatum fuerit exſequutus. Vid. *l.* 48. §. 1. *ff. mand.*

Textus.

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti ſi de communibus ſuis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut ſibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio ſponderes.*

Commentarius.

Exempla ſpeciei quartæ item ex Cajo *d. l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

Textus.

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena, veluti ſi tibi mandet, ut Titio ſub uſuris crederes; quia ſi ſine uſuris pecuniam crederes, aliena tantùm gratia intercedit mandatum.*

Commentarius.

Exemplum ſpeciei quintæ, ſive mandati interpoſiti in rem mandatarii & alienam, quod ipſum apud Cajum eſt *d. l.* 2. §. 5. *hoc tit.* Mandatarii hic intereſt propter quæſtum uſurarum: alieni, propter uſum pecuniæ. Incidit autem hæc ſpecies in eamdem dubitationem, quam habet tertia ſuperius propoſita. §. *aliena.* 3. ubi dubitationem ſuſtuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic reſpondeatur.

Textus.

Si mandatarii.

6. *Tua tantùm gratia intervenit mandatum, veluti ſi tibi mandet, ut pecunias tuas in emptione potius prædiorum colloces, quàm fœneres; vel ex diverſo, ut pecunias tuas*

fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis conſilium, quam mandatum eſt, & ob id non eſt obligatorium: quia nemo ex conſilio mandati obligatur, etiamſi non expediat ei, qui mandabatur, cùm liberum cuique ſit, apud ſe explorare, an ſibi expediat conſilium. Itaque ſi otioſam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emiſſe, vel crediſſe, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita ſunt, ut quæſitum ſit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini ſententia, obligatorium eſſe in hoc caſu mandatum: quia non aliter Titio crediſſes, quàm ſi tibi mandatum eſſet.

NOTÆ.

6. *Si otioſam pecuniam*] Id eſt, ſterilem, *l.7. de uſur.* ſeu vacuam, *l. 28. depoſ. l. 24. de præſcr. verb.* quæ domino nullum fructum affert, *l. 23. §. 1. de uſur.*

Ut pecuniam Titio fœnerares] Cùm demonſtratur perſona, mandatum eſt, cùm indefinitè mandatur, conſilium, ut & Placentino videtur.

COMMENTARIUS.

1 *Mandatum quid differat à conſilio?*
2 *Interdum mandatum ſolius mandatarii gratia interpoſitum conſilii fines excedere.*
3 *Neminem ex conſilio, ſi fraus abſit, teneri.*
4 *Applicatio* l. 6. §. 5. hoc tit.
5 *Si quis alicui ſuaſerit, ut pecuniam certæ perſonæ credas, tale conſilium inſtar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Juſtiniani oritur.*

1 QUod mandatum ſolius mandatarii gratia fit, magis conſilium, quàm mandatum eſt. Differt enim mandatum à conſilio. Mandatum pars quædam voluntatis eſt, ut quid fiat; conſilium non eſt. Qui mandat, vult, & urget, ut fiat quod mandatum eſt. Qui dat conſilium, conſultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chryſoſtom. *de virgin.* ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸν ἀκούοντα κύριον εἶναι τῆς τῶν πραγμάτων αἱρέσεως, ὑπὲρ ὧν κελεύεται ἀλλ᾽ οὐ συμβουλεύει. Proinde cùm in ſpecie propoſita mandatoris nihil interſit, aut intereſſe poſſit, utrum alter mandatum ejus ſequatur, necne, conſuli potius, quàm mandari videtur negotium, quod eum tantùm, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera ſpecies mandati non eſt, ſed conſilii, cujus nulla eſt obligatio, *hoc text. l. 2. pr. & §. ult. eod. l. 6.*
2 *§. planè. 5. l. Quintus. 48. §. ult. eod.* Planè poteſt mandatum ſolius mandatarii cauſa interpoſitum tale eſſe, ut excedat terminos ſimplicis conſilii; & tunc etiam obligatorium eſt. Exemplum habemus apud Julianum *l. ſi hæreditatem. 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem, cavitque inſuper damnum præſtari, cùm aliter aditurus non eſſem: ſi adierim, & damnum ſenſero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejuſdem generis exempla fingi poſſunt.

Quia nemo ex conſilio mandati obligatur] Ex conſilio dato neminem obligari placet, etiamſi id conſilium non expediat ei, cui datum eſt; cùm liberum ſit unicuique, apud ſe explorare, an expediat, nec ne, ſibi, conſilium ſequi, *d. l. 2. §. ult.* Cæterum hoc ita, ſi à conſilio 3
abſit dolus: nam ſi dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui conſilium fraudulentum, quo alteri nocitum eſt, dedit, *l. conſilii. 47. de reg. jur. fac. l. 8. l. ſi legatarius. 23. l. cum quis. 31. de dol. l. 2. de proxen.* Ut enim ex conſilio nemo obligetur ad hoc, ut præſtet eventum, fidem tamen præſtare debet, & ſi fraudem adhibuerit, minimè excuſandus eſt. Bene Cicero *lib. 16. ad Atticum epiſt. 8. Qui conſilium dat*, inquit, *fidem præſtare tenetur*; ſed fidem tantùm. Nam, ut idem alibi, *Si fraus abſit, ex conſilio nemo tenetur, & qui conſulit præter fidem nihil præſtat.* Cui ſimile eſt illud Ulpiani: *Conſilii non fraudulenti nulla eſt obligatio, l. 47. de reg. jur.* Itaque ſumma ratione apud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Auguſtum, ne iis, à quibus conſilium petiiſſet, crimini duceret, ſi forte res ſecius, quàm illi exiſtimaſſent caderet, his fere verbis: Τοὺς δ᾽ ἁμαρτάνοντας μὴ ἀτιμάσῃς ποτέ, μετ᾽ αἰτιάσῃς. τὸ γὰρ ἐπίνοιαν αὐτῶν δεῖ σκοπεῖν, ἀλλ᾽ οὐκ ἐκ δυστυχίας μέμφεσθαι.

Otioſam pecuniam] Otioſa pecunia à prudentibus dicitur pecunia ſterilis, *l. 7. l. 13. §. 1. de uſur.* quæ in arca jacet, nullumque domino ſuo fructum affert: cui opponitur occupata, id eſt, pecunia fœnebris, quæ uſuras parit, ἐνεργὰ χρήματα. Demoſth. *adverſ. Aphob.*

Hortatus fueris, ut rem aliquam emeres, &c.]
Quid ergo, ſi empturus aut pecuniam fœneraturus non fuiſſes, niſi ego mandaſſem? Ne 4
ſic quidem puto eſſe tibi mecum in propoſito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. *l. 6. §. planè. 5. hoc tit.* ſcribit, mandati actionem eſſe, ſi quid feceris mandatu meo, quod alias facturus non eras, etſi mea non interfuit. Nam ſi iſtud tam latè interpretamus, quàm verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex conſilio; cùm ſemper is, cui conſilium datum eſt, dicturus ſit, ſe, quod fecit, facturum alias non fuiſſe. Itaque Ulpiani reſponſo accommodanda ſunt exempla, non ſimplicis conſilii, ſed mandati, quale eſt in *l. ſi hæreditatem. 32. hoc tit. & ſimil.* VINN. At manifeſtum eſt Ulp. in *l. 6. §. 5. ff. h. t.* loqui de mandato, quod nec mandantis, nec mandatarii, ſed aliena gratia interponitur. Si enim nunc res male cedit, mandati actio contraria datur,

tur, quia mandantis fidem ſequutus eſt mandatarius, *non facturus, niſi ille mandaſſet*. Quare non quadrat huic legi exemplum in *l.* 32. *h. t.* ubi de mandato mea & tua gratia interpoſito agitur: idque etiam agnovit V. C. Ger. Noodt *Probabil. Lib.* 4. *cap.* 12. §. 6. *p.* 86. *ſequ. Tom.* I. *Op.* HEIN.

Ut pecuniam Titio fœneraret] Aliud eſt, verbis generalibus quid conſulere aut ſuadere alicui pura verbi cauſa, ut pecuniam fœneret ſimpliciter; aliud cum deſignatione certæ perſonæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri conſilii eſt, quoniam hic res tota arbitrio conſultoris relinquitur, id eſt, illud etiam, cui pecuniam credat: & ob id, ſi minus idoneo crediderit, de ſe queri, ſibique hoc imputare debet; conſiliarius autem, ſi fraus non intercesſit, excuſandus: Poſterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem ſuam pro perſona deſignata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius ſequi, aliter non crediturus. Itaque ſi, cùm Titius verbi gratia pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem ſuam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejuſſorem, quod ſuſpectæ mihi eſſent facultates ejus, tu conſuluiſti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum eſſe affirmans; hoc conſilium tuum inſtar mandati eſt, atque ex eo, ſi quid ſecus mihi evenerit, teneri te eſt æquiſſimum, propterea quod tuam hortantis & ſuadentis fidem ſecutus ſum omnino, teque ſuaſore & impulſore feci, quod alias nunquam feciſſem: quamvis ut facerem tua non interfuit.

5 Ait Juſtinianus, quæſitum eſſe, *an mandati teneatur, qui mandavit tibi ut pecuniam Titio fœnerares?* At hoc veri mandati exemplum eſt, ejus ſcilicet, quod mandatarii & ſimul aliena gratia interponitur: idem enim valent, ſive mandem tibi, ut pecuniam ſub uſuris Titio credas, ſive ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium eſt: neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quàm de eo, quod aliena tantùm cauſa intercedit, veluti ſi tibi mandem, ut pecuniam Titio credas ſine uſuris, §. *præced.* junct. §. 3. *ſup. eod. l.* 2. §. 2.

6 & *pen. eod.* Quamobrem ſuſpicor, Juſtinianum abuſum verbo mandandi pro conſulendi aut hortandi, quo paulo ante uſus eſt, dubitatumque, an mandati teneatur, non qui ultro & ſponte ſua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ perſonæ credat, ſed qui aditus & rogatus tale conſilium dedit, hortatuſque conſultorem eſt, ut faceret, citra animum ſe obligandi, ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam ſecundum Sabini ſententiam placuerit. Planè qui ſimpliciter affirmavit, idoneum eſſe eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut conſilio de credendo, mandati non tenetur, *l.* 2. *de proxenet. l.* 7. §. *ult. de d. l.* & ibi Coſtal. Gom. 2. *reſol.* 13. *num.* 5.

Vinnius in Inſtitut.

TEXTUS.

De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non eſt obligatorium, quod contra bonos mores eſt: veluti ſi Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam iſtius facti nomine preſtiteris, non tamen ullam habes adverſus Titium actionem.*

COMMENTARIUS.

1 *Mandati rei inhoneſtæ nullam eſſe actionem, quamvis nihil flagitioſi habeat.*
2 *Ex delicto tam mandantem, immo & conſilium dantem obligari, quàm mandatarium.*
3 *An qui mandavit hominem vulnerari, ſi occiſus ſit, teneatur pœna homicidii? remiſſivè.*

MAteria ſeu objectum mandati ſunt res licitæ & honeſtæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in univerſum ex ullo contractu obligatio eſt, *l.* 6. §. 3. *hoc tit. l. nec prætermittendum.* 57. *pro ſoc. l. generaliter.* 26. *cum ſeq. l. ſi flagitii.* 123. *de verb. obl.* Itaque ſi quis ædem ſacram ſpoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. ſuſcepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impenſas, in quas propter vulnus condemnatus eſt, in ſummam nihil mandati judicio conſequi poteſt, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præſtat, *l. ſi mandavero.* 22. §. *qui ædem.* 6. *hoc tit.* Sed & ſi nihil flagitioſi mandatur, ſi tamen alias, quod mandatur inhoneſtum ſit, nulla ex eo mandati actio eſt; veluti ſi adoleſcens luxurioſus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu ſciens mandatum ſuſceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, ſi mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas: quia ſimile eſt, ac ſi perdituro credideris, & adverſus bonam fidem, *l.* 11. §. *ſi adoleſcens.* 11. *eod. l.* 8. *pro empt.* Planè ſi Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etſi hìc nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, utrique tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandaſti, excuſat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipſis ſervis, qui mandatu dominorum delinquunt, in atrocioribus ignoſcitur, *l.* 11. §. *an ignoſcitur.* 7. *quod vi aut clam. l. ſervus.* 20. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. *de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam ſuſtineas, *arg. l. nihil intereſt.* 15. §. 1. *ad leg. Corn. de ſicar. l.* 11. §. 3. *de injur. l.* 5. *C. de accuſ. l. pen. C. ſi reus vel accuſ. mort.* add. Clar. *lib.* 5. §. *fin. q.* 89. & ibi cit. cum citatis apud Baptiſt. Bajard. *in annot.* Sed & conſilium quoque in delictis eadem pœna puniri qua mandatum, communis ſententia eſt: utique ſi

Ccc 3 datum

Digitized by Google

datum ſit ei, qui alioqui nihil commiſiſſet. Clar. *d.* §. *fin. q.* 89. Covar. *in Clem. ſi furioſus. part.* 2. §. 2. *de homicid.* Menoch. *arb. jud. caſ.* 351. Quæritur, an is, qui mandavit, hominem vulnerari tantùm, ſi mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur? Vid. Clar. *d. q.* 89. *n.* 4. Menoch. *arb. jud. caſ.* 352. *n.* 2. Covar. *in d. Clement. p.* 2. §. 1. *n.* 3. Fachin. 1. *cont.* 36. Chriſtin. *vol.* 3. *dec.* 49. ubi refert, negantium ſententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechlinienſium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam ſolum & ſimplex mandatum, hoc eſt, etſi non ſequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum ſit, pœna arbitraria coercendum eſſe. Covar. *d. Clement. princ. part.* 2. *n.* 9. *verſ.* 6. Menoch. *arb. jud. caſ.* 352. *n.* 6. Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci eſt, ea tractare latius.

TEXTUS.

De executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, ſi quis uſque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio ſponderes; neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem ut Sabino & Caſſio placuerit, etiamſi uſque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diverſæ ſcholæ auctores rectè uſque ad centum aureos te acturum exiſtimant: quæ ſententia ſanè benignior eſt. Quod ſi minoris emeris, habebis ſcilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut ſibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandaſſe intelligitur, ut minoris, ſi poſſit, emeretur.*

COMMENTARIUS.

1 *Fines mandati, qui exceſſit, actionem mandati non habere: quod exemplis illuſtratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum eſt, ſemper ſequi teneantur?*
3 *Qui color Sabini & Caſſii ſententiæ hìc relatæ prætexatur?*
4 *Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licet res tanti valeat, quanti empta eſt, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio conſequi non poſſe.*
6 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ ſententiæ.*

1 LOcus inſignis de executione mandati. Mandatarius ad præſcriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quàm quod ei mandatum eſt: alioqui tamquam non impleto mandato repetitionem impenſarum contrario judicio non habebit, quamvis ipſe directo teneatur, *l. poteſt.* 41. *h. t.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeres: ſi tu Titianam emeris, quamvis forte majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris impleſſe mandatum, *l.* 5. §. 2. *eod.* Item ſi mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egreſſus es mandatum: & ideo ſi fundum petam, non obſtabit mihi exceptio, niſi & reliquum mihi, quod deeſt, mandatu meo præſtes, & indemnem me per omnia conſerves, *d. l.* 5. §. 3. Similiter ſi tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque purè fidejuſſoris & ſolveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum exceſſiſti, *l. ſi mandavero.* 22. *eod.* Idque eſt, quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati cuſtodiendos eſſe: eum enim, qui exceſſit, aliud quid feciſſe videri, *d. l.* 5. *in pr.* Planè in finibus mandati conſtitiſſe videtur, qui fecit æquipollens, *τὸ ἰσοδύναμον*, veluti ſi rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult.* §. *ult. eod.* Hìc introduci poteſt 2
quæſtio agitata in philoſophia, an legatus aliuſve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcisè id omne & ſolum, quod mandatum eſt, facere teneatur; an nonnunquam quædam etiam præter & contra mandatum, ſi videlicet ea aut videat, aut ſperet ei, qui mandavit utiliora fore? quam quæſtionem problematicè tractat Agellius 1. *noct. Attic.* 13. Nobis in iſta excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de cuſtodiendis mandati finibus vel maximè locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque diſſolvi officium imperantis, ſi quis ad id quod facere juſſus eſt, non obſequio debito, ſed conſilio non deſiderato, reſpondeat, ut ait Agell. *d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumſtantiarum, puta vel temporis, ne, dum nova & longinqua mandata expectantur, occaſio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis ſucceſſus: quo utroque nomine excuſari poteſt factum Phœbidæ Lacedæmonii, qui miſſus in Olynthios injuſſu reipub. arcem Cadmeam occupavit conſilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Ageſilaum defenſorem habuit, Xenoph. *lib* 5. *hiſt. Græc.* forte & ingenium ejus qui imperavit conſiderandum, faciliſne ſit & placidus, an Manlius aliquis, aut Poſthumius: nam ſi tali præceptori ratio reddenda ſit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum eſt. Illud Cæſaris eſt: *Aliæ ſunt legati partes, aliæ Imperatoris. Alter agere ad præſcriptum, alter libere ad ſummam rerum conſulere debet.* Cæſ. *comment. lib.* 3. *cap.* 51. Sed de hoc

fuſius

fuſius ſcriptores politici. Vid. Beſold. *de legat. c. ult. & ibi citat.* & *rai, rai,* Giphan. *in præfat. comm. de Imp. Inſt.*

Adeo quidem ut Sabino & Caſſio, &c.] Poſito & generaliter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quàm quod mandatum eſt, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum eſſe videretur, ut hinc judicari poſſit de actione mandati? Conſtitit autem dubitatio fere in hac ſpecie, ſi quis, cùm ei mandatum eſſet, ut ad certum uſque pretium fundum emeret, vel ad certam ſummam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio ſpoponderit, ſed in majorem ſummam. Et Sabino & Caſſio pla-
3 cebat, nullam hoc caſu mandatario actionem mandati eſſe, etiamſi ad ſummam mandato comprehenſam tantùm agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hîc aliud factum putaverint, quàm quod mandatum erat: quamquam & alio argumento utebantur, quod iniquum eſſe dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in caſu propoſito contingere, ſi mandatum egreſſo actionem damus adverſus mandantem: mandati enim cum illo actionem non eſſe, *l. 3. in fin. hoc tit.* Vinn. Rectè Sabini & Caſſii rationes pervidit Vinnius. Nimirum ex juris principiis negotia & actus ſunt individua, quantitates dividuæ, *l. 2. §. 1. ff. de V. O.* Itaque qui fines mandati exceſſit, non pro parte exſequutus eſt mandatum, ſed plane aliud quid egit, *l. 5. pr. & l. 33. ff. h. t.* Itaque nec actionem mandati pro parte habere poterit. Hein. Sed
4 Nervæ & Proculo contra viſum eſt, in hujuſmodi ſpecie ſaltem ad ſummam mandato expreſſam mandatarium rectè agere, quaſi hactenus non aliud, ſed quod rogatus eſt, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, eum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque eſt centum emiſſe; cùm utique majori ſummæ ſemper inſit & minor, *l. 1. §. ſi ſtipulanti. 4. de verb. obl.* Itaque cenſuerunt, in hypotheſi propoſita centum juxta mandatum impenſa, atque hactenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius eſt, quia eſt extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ ſententia merito recepta eſt, *d. l. 3. §. ult.* junct. *l. 4 l. rogatus. 33. h. t.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Caſſii argumentum, obſcuriuſculè à Paulo propoſitum *d. l. 3. in fin.* Nam ſi hæc eorum mens fuit, non eſſe mandanti actionem cum eo, qui mandatum exceſſit, & ideo nec eſſe debere cum illo; apertè falſum aſſumunt. Nam pro certo ju e traditum eſt, ei qui mandavit, competere judicium mandati adverſus eum, qui mandatum egreſſus eſt, licet huic non competat adverſus illum, *l. poteſt. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos ſenſiſſe, cùm tu pluris fundum emiſti, quàm ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cùm de centum tantùm mandaſſem, ſi ego in hujuſmodi ſpecie non rectè mandati tecum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehenſum, id eſt, centum aureos; viciſſim æquum non eſſe, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum ſtatuto pretio recipiam, quamvis tu paratus ſis, reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifeſtè vitioſa eſt illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remiſſo mihi gratificatur. At iniquum eſt, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum & viginti, mihi tradere centum dumtaxat reſtituturo, ad quam uſque ſummam ut emeret, tantùm mandaveram. In hac eadem 5
ſpecie de mandatario quæſitum eſt, non ab auctoribus juris ſed ab interpretibus, an ſi fundus tanti valeat, quanti emptus eſt, non poſſit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario judicio repetere, non quidem mandati, ſed negotiorum geſtorum, tamquam extra mandatum utiliter impenſa in rem & contemplatione mandantis? Viſum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Mynſ. & Bronch. 1. *miſcell. 66. arg. l. 2. l. quæ utiliter. 45. de neg. geſt.* Sed rectius id mihi negare videntur Joan. Bulg. & Accurſius: quoniam actio negotiorum geſtorum competere non poteſt ei, qui geſſit invito domino, *l. ult. C. de neg. geſt.* Id autem fit in ſpecie propoſita; nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod præſcriptum eſt, & tantum non contra expreſſam prohibitionem mandantis: quippe eo ipſo quod quis mandat rem ſibi emi centum, prohibere intelligitur pluris ſibi emi: quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l liberto. 31. §. libertos. 4. de neg. geſt.* Et verò ſi mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifeſta ei fiet injuria, aperieturque feneſtra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum geſtorum experiri queat. An ergo credimus, Juriſconſultum in *d. l. 4.* aut Juſtinianum hoc loco actionem mandati uſque ad ſtatutum pretium dumtaxat, idque ex humanitate ſecundum Proculi ſententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum aditus concedi voluiſſe actionem negotiorum geſtorum? Aut Sabinum & Caſſium, in totum denegantes actionem mandati, admiſiſſe tamen actionem negotiorum geſtorum? Argumentis auctorum contra- 6
riæ ſententiæ facile occurri poteſt. Prætexitur æquitas, ſed nullo colore. Nam mandatarius aut ſuo nomine pluris emit; & certum eſt, cum quatenus definitum pretium exceſſit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris; & hic non poteſt quidem mandator ultro

conveniri, ut reſtituat totum, quod impenſum eſt: cæterum ſi ipſe cum mandatario agat, ut res tradatur, defenderetur mandatarius exceptione, niſi totum, quod erogavit, reſtituatur. Quid ſi facta ſit traditio? Et ſiquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipſo, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur: quod perinde eſt, ac ſi, ut tanti emeretur, ab initio mandaſſet, per *l. 12. in fin. de ſolut. l. ſemper. 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem. x. eod. in 6.* Si verò pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi reſciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium reſtituere, improbata rem ipſam. Ita ferme Angel. & Sylveſt. *hìc* citato Saliceto, ad eumdem modum diſtinguente in *l. 3. hoc tit.*

Quod ſi minoris emeris, &c.] Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, ſed illud ipſum, quod ei mandatum eſt: nec ideo mandati fines exceſſiſſe videri poteſt, ὅτι ἔλαττον πετύχηκε. Nam qui certa ſumma rem ſibi emi mandat, etiam minoris, ſi poſſit, eam ſibi emi mandaſſe intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hìc ad eam ſummam, quæ impenſa eſt, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, ſi quis mandaverit certo pretio rem ſuam vendi, eaque minoris vendita ſit, *d. l. 5. §. 3. l. cum mandati. 12. C. eod.* Idem dicendum eſſet, ſi pluris vendidiſſet: quippe multum refert, cauſa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

TEXTUS.

De revocatione mandati.

9. *Rectè quoque mandatum contractum, ſi, dum adhuc integra res ſit, revocatum fuerit, evaneſcit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis ſolvatur, contra communes regulas receptum eſſe: & quare?*

MAndatum itidem, ut ſocietas, non tantùm ſolvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus *tit. ult. hujus lib.* ſed etiam propriis quibuſdam & remotis à communi lege diſſolvendarum obligationum: quos modo ideo Juſtinianus etiam hìc tradere voluit, ſicut *tit. præc.* perſtrinxit modos finiendæ ſocietatis proprios. Recenſentur autem hìc modi quatuor, quibus proprio jure mandatum ſolvitur: duo, quibus ex perſona mandantis, revocatio, & mors mandatoris: totidemque, quibus ex perſona mandatarii, mors hujus ipſius, & renunciatio.

1 *Si, dum adhuc res integra, revocatum*] Si re adhuc integra conſenſu mutuo à mandato recedatur, ſolvitur mandatum jure communi, *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut ſola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, *l. 12. §. pen. l. 15. hoc tit.* videtur eſſe præter regulam, traditam in *l. 5. C. de obl. & act.* neminem ab obligatione ſemel conſtituta adverſario non conſentiente recedere poſſe. Cur igitur placet, mandatum hoc modo ſolvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod ſemel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod ſua cauſa ſuſceptum eſt, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil intereſt, ſi re adhuc integra revocatio facta ſit. Quid ergo ſi facta ſit poſtquam res integra eſſe deſiit, id eſt, poſtquam jam mandatario per cauſam mandati quid abeſſe cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod poſt à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegeſto, aut geſto antequam ſciret, mandatorem revocaſſe, actionem mandati habet, ut conſequatur, quod ei propter mandatum abeſt, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. inter. 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum eſt, revocationem mandati non tantùm expreſsè fieri, ſed interdum etiam tacitè factam intelligi, ut in ſpecie *l. pen. de reb. cred. & §. ſeq. in fin.*

TEXTUS.

De morte.

10. *Item ſi adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id eſt, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum ſuſceperit, ſolvitur mandatum. Sed utilitatis cauſa receptum eſt, ſi eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum deceſſiſſe, executus fueris mandatum, poſſe te agere mandati actione: alioqui juſta & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic ſimile eſt, quod placuit, ſi debitores manumiſſo diſpenſatore Titii, per ignorantiam libertæ ſolverint, liberari eos: cùm alioqui ſtricta juris ratione non poſſent liberari: quia alii ſolviſſent, quam cui ſolvere debuerint.*

NOTÆ.

10. *Liberæ ejus*] Non ſtricta quidem ratione, ſed tamen ratione ſumma, διὰ τὸ φιλάγαθον, id eſt, *propter utilitatem*, ſed ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depoſ. l. 18. l. 51. de ſolut.*

COMMENTARIUS.

1 *Proprium quoque mandati eſſe, quod morte tam mandantis, quàm mandatarii extinguatur: & cur id viſum?*

2 An

Digitized by Google

2 *An eo etiam caſu mandatum finiatur morte man-
datoris, cùm mandavit quid fieri poſt mortem
ſuam?*
3 *Quid ſibi velit, quod additur, ſi integro adhuc
mandato mors intervenerit!*
4 *Interdum mandatario poſt mortem mandantis im-
plenti mandatum ex bono & æquo actionem
dari: & quibus caſibus?*
5 *Caſus alius, & exemplum ſuperioribus ſimile.*

Etiam morte, tam mandantis, quàm man-
datarii, mandatum extinguitur, *l.inter.26 &*
1 *l ſeq.§.3.l.mandatum.57.& l.ſeq.hoc tit. l.15.C.
eod.l.ult. de ſolut.* Et hoc quoque utrumque con-
tra communem regulam juris, qua placet hære-
dem in univerſum jus defuncti ſuccedere. Sed ni-
mirum natura mandati tacitè continetur, ut ne
mandatum perſonam egrediatur aut mandantis
aut mandatarii: non mandantis; quippe quem
ſibi ſoli officioſam hanc operam ab amico præ-
ſtari, & cui ſoli, ut amico, in eo gratificari manda-
tarium voluiſſe putandum eſt: non mandatarii;
quia induſtriæ & fidei certæ perſonæ in hoc ele-
ctæ res commiſſa fuit: quæ ratio expreſſa eſt in
cap.ult. ſ. 3.de off.de leg. ſignificatur in *d.l.mandatum.
57. hoc tit.* explicatur in *l. 9. de curat. furt.* Cic.
*pro Roſc. Comæd. cap. 39. Nemo enim mandat, niſi
amico & fid'li.* Itaque cùm præſtatio officii in
mandato, & ratione ejus, cui præſtatur, & ejus qui
præſtat, tota perſonalis ſit, mirum videri non de-
bet, mandati obligationem cum perſona eorum
expirare, *l. 8.§.3.de lib.legat.* Videamus prius de
mandatore. Igitur ſi mandator integro adhuc
mandato deceſſerit, dicimus, mandatum ſolvi, ut
jam nec is, qui mandatum ſuſcepit, id mortuo
mandatore implere teneatur, nec hæredes manda-
toris obligentur, ut patiantur eum mandatum
exequi, *d.l.inter. 26. & arg. l.ſeq.§.3.h.t.* Ex quo
intelligimus, neque illum, ſi mortuo mandatore
mandatum executus fuerit, ullam adverſus hære-
des mandatoris actionem habere, neque ex diver-
ſo, ſi executus non ſit, hæredes mandatoris agere
poſſe, ut exequatur, aut id, quod eorum intereſt,
2 præſtet. De illo quæritur, an mandatum morte
mandatoris uſque adeo ſolvatur, ut idem pro-
bandum ſit, etiamſi nominatim mandaverit quid
fieri poſt mortem ſuam? Et in eo hæc diſtinctio
communiter probata eſt, ut hujuſcemodi manda-
tum poſt mortem mandatoris non finiatur, ſed
omnino implendum ſit, ſi tale ſit, quod non niſi
poſt mortem ejus impleri queat; veluti ſi cui fu-
neris ſui curam mandaverit, aut ut poſt mortem
ſuam ſibi monumentum fieret, aut hæredibus ſuis
fundus emeretur, *l.14.§.2.de relig.l.12.§.ult.& l.
ſeq.hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo im-
pleri potuit, mortuo eo mandatum extingui: vel-
uti ſi juſſerit debitorem ſuum poſt mortem ſuam
ſolvere Titio, *l.ult.de ſolut.* cujuſmodi etiam
cauſa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non
obſtante mandato, integra ſervata intelligitur. Si-
militer ex converſo mandatum ſolvi placet, ſi
mandatarius re adhuc integra deceſſerit; & ob
id hæredes ejus non tenentur, quod ille ſuſcepit,
exequi; & licet ſponte executi fuerint, actionem
tamen mandati non habent, *l. ſi quis 27.§. 3. l.
mandatum. 57. hoc tit.* Vinn. Atqui in *l. 14. §. 2.
ff. de religioſ.* non datur actio mandati, quod fa-
ctum oporteret, ſi mandatum morte non extin-
ctum fuiſſet; ſed actio de dolo. Doli enim reus
erat, *qui pecunia accepta funus non duxerat*, obli-
gatus non ex contractu mandati, ſed innominato
do ut facias. Hein. Cur verò in utraque ſpe- 3
cie additur, ſi re adhuc integra mors intervene-
rit? Non ſanè quod poſtquam res integra eſſe de-
ſit, ſeu intereſſe cœpit, morte alterutrius inter-
veniente mandatum non ſolvatur, & adhuc libe-
rè perfici poſſit, quod cœptum eſt: ſed quia obli-
gatio mandati & actio ante mortem nata poſt
mortem perſeverat, *l. inter. 26. fac. d.l. manda-
tum.57.& l.ſeq.eod.* Ut ecce, actio mandati ſtatim
competit, cùm cœpit intereſſe, *l.8.§.mandati.6.
eod.* Et igitur ſive mandatarius deceſſerit, quo
tempore jam intereſſe cœperat mandatoris, puta
cùm jam ille eamdem rem per alium explicare
non poterat, ſive deceſſerit mandator, cùm res
non ampliùs integra eſſet mandatario, quod forte
jam ſumptus ad negotium exequendum neceſſa-
rios feciſſet, actio mandati ſemel alterutri quæſi-
ta neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

Tu ignorans eum deceſſiſſe executus fueris] Etſi 4
mandatum morte mandatoris extinguitur, &
ideo ſecundum ſtricti juris rationem, quamvis
mandatarius ignorans mandatorem deceſſiſſe
mandatum impleverit, agere mandati non poteſt;
tamen utilitatis cauſa, ſeu ex bono & æquo, pla-
cet impleto per ignorantiam mandato actionem
ei dari, *l.inter.26.l.ſi præcedente 58.hoc tit.* quippe
in hoc judicio de bona fide agitur, cui non con-
gruit de apicibus juris diſputare, ut eleganter ait
Ulpianus, *l.ſi fidejuſſor.29.§.quædam 4.eod.* Atque
hoc ipſum etiam admittendum videtur in igno-
rantia juris, puta ſi mandatarius, quamvis non
ignarus mortis mandatoris, errore juris perſua-
ſus id ſibi incumbere, mandatum impleverit, arg.
ejus, quod de hæredibus mandatarii ſimili errore
mandatum exequentibus Papinianus reſpondit
l.mandatum 57.eod. nam & alias, cùm de damno
vitando agitur, error juris nocere non ſolet, *l. 7.
& 8 de jur.& fact.ign.* Illud hìc quæri poteſt, an
ſi forte ad conſummationem mandati adhuc ali-
quid deſit, id rectè abſolvatur, vel à mandatario
poſt mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæ-
redibus mandatarii poſt mortem illius? In quo
hæc diſtinctio probanda videtur, ut ſiquidem ea,
quæ agenda ſuperſunt, cum prioribus connexa
non ſint, tum non liceat, mandatario aut hære-
dibus ejus reliqua implere: ſin verò connexam
cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis
liceat, immo incumbat, *arg. l. 5. § ſi tutor. 5.
l. tutorem. 37. §. 1. de adm. tut. l. 13. de tut. &
rat. diſtr. l. 3. §. pen. de contr. act. tut. l. 11. C.
arb. tut.*

Alioqui juſta & probabilis ignorantia] Juſta &
probabilis ignorantia nemini fraudi eſſe debet;
atque

Digitized by Google

atque in propoſito ne juris quidem, per *l. mandatum. 57. hoc tit.* ubi ignoſcitur hæredibus mandatarii, iiſque actio conceditur, qui errore lapſi, non animo furandi, ſed exequendi, quod defunctus ſuæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

5 *Huic ſimile eſt*] Quod dixit de mandato conſummato poſt mortem mandatoris per ignorantiam mandatarii, illud illuſtrat exemplo ſimili, nempe creditorum per ignorantiam ſolventium manumiſſo diſpenſatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet: quamvis ſtricta ratione juris non liberentur, cùm alii ſolverint, quàm cui oportebat, *l. 11. in fin. depoſ. l. penult. de reb. cred. l. ſi quis. 18. l. diſpenſatori. 51. de ſolut.* Quod ut intelligamus, tria hæc ſcire oportet. 1. diſpenſatorem dici ſervum pecuniis domini exigendis & adminiſtrandis præpoſitum, *d. l. pen. de reb. cred. d. l. 18. de ſolut.* 2. qui ſervum diſpenſatorem facit, eum intelligi ſuis debitoribus mandare, ut ei ſolvant, *fac. l. qui hominem. 34. §. 3. de ſolut.* 3. qui ſervum diſpenſatorem manumittit, tacitè mandatum revocare. Eſt verò liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum eſſe, procuratori quondam creditoris ſolverunt, *l. 12. §. 1. d. l. 18. d. l. qui hominem. 34. §. 3. de ſol.*

TEXTUS.

De renunciatione.

11. *Mandatum non ſuſcipere cuilibet liberum eſt: ſuſceptum autem conſummandum eſt, aut quàm primum renunciandum, ut per ſemetipſum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam niſi ita renuncietur, ut integra cauſa mandatori reſervetur, eamdem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet: niſi juſta cauſa interceſſerit aut non renunciandi, aut intempeſtivè renunciandi.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum ſolvi placeat tempeſtiva renunciatione? & quid ſi intempeſtive renunciatio facta?*

2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præſtare, & qualem?*

3 *Juſta cauſa interveniente excuſari mandatarium, licet non renunciaverit, aut non tempeſtivè.*

PRoponitur hìc & explicatur ſecundus modus, quo ex perſona mandatarii mandatum finitur, nempe renunciatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renunciatione
1 mandatarii mandatum ſolvi placet. Quippe quod officii cauſam habet, non magis reluctanti extorqueri, quàm invito obtrudi convenit: nec oportet quemquam difficilem eſſe in eo, in quo diſpendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore. 38. de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quàm ſub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renunciet, *l. ſi mandavero. 22. §. ult. l. ſi quis. 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut fruſtra objiciatur *l. 5. C. de obl. & act.*

Suſceptum conſummandum, aut quàm primum renunciandum] *dict. l. 22. §. ult. d. l. 27. §. 2.* Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium ſub disjunctione obligari, ut aut officium ſuſceptum exequatur, aut cùm primum poterit, renunciet. Renunciatio aut tempeſtivè fit, id eſt, ita ut integra facultas mandatori conſervetur eamdem rem æquè commodè explicandi; aut intempeſtivè, id eſt, eo tempore, quo jam mandator neque per ſe, neque per alium idem negotium expedire poteſt. Renunciatione tempeſtiva mandatum omnimodo ſolvitur, ut tamen actio competat ex antegeſto. Intempeſtiva verò mandatarium non liberat, ſed niſi juſta cauſa interceſſerit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præciſè impleat, ſed ut præſtet, quod mandatoris intereſt impletum eſſe, *dd. ll. & hoc text.* ſicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. ſi quis. 13. §. 1. de re judic. §. ult. ſup. de verb. obl.* Circa obligationem 2
mandatarii incidere ſolet quæſtio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum adminiſtratione mandatarius præſtare debeat? Dixeris præter præſtationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum ſecundum definitionem *l. 5. §. 2. commod.* eſſe enim ſimilem depoſitario, ſeu ei, qui rem cuſtodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem eſſe, & contemplatione alterius rem ſuſcipere. Cæterum hanc definitionem in mandato ſequi non licet propter eos textus, quibus expreſſe traditum eſt, mandatarium non tantùm de dolo, ſed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. procuratorem. 11. C. eod. l. contractus. 23 de reg. jur.* Modeſtin. *in collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. de depoſ.* Certum autem eſt, verbo culpæ abſolutè poſito ſignificari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam leviſſimam in judicio mandati venire. Sic enim diſertè ſcriptum eſt in *l. à procuratore. 13. C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præſtare, ſolum caſum improviſum non præſtare. Ac ne quis putet, hoc pertinere dumtaxat ad procuratores forenſes, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re 21. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe. Cui ſimilis eſt locus apud Ciceronem in *orat. pro Roſc. Amerino, cap. 38.* ubi de judicio mandati diſſerens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, ſi quid non modo malitioſius, verùm etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in depoſito ſervari placet? Nimirum ideo, quoniam, cùm in negotio gerendo opus ſit diligentia atque induſtria, & is, qui mandat, dili-

gen-

Digitized by Google

gentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui ſuſcipit mandatum, hoc ipſo induſtriam & diligentiam ad rem exequendam neceſſariam in ſe futuram recipere videtur. Quod depoſito non convenit: nam ad aliquid cuſtodiendum non diligentia aut induſtria, ſed fide opus eſt dumtaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum eſſe non cum quovis depoſitario, ſed cum eo, qui ſe depoſito obtulit, quem omnem culpam præſtare placet, non alia de cauſa, quàm quod offerendo ſe, de diligentia ſua promittere videatur, *l. 1. §. ſæpe. 35. depoſ.* Sunt qui de his præſtationibus ſtatuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, quæ modo mandantis, modo mandatarii, modo utriuſque utilitatem ſpectat: quoniam vident, eam diſtinctionem in commodato probatam eſſe, *l. 5. §. 2. in fin.* junct. § *interdum. 10.* & *l. in rebus. 18. in fin. pr. commod.* Nempe ergo, ſi his credimus, ubi mandatum ſolius mandantis gratia intervenit, dolus dumtaxat, & culpa lata præſtabitur: ubi utriuſque gratia, etiam culpa levis; ubi ſolius mandatarii, etiam leviſſima. Sed profecto talis diſtinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hìc commune eſt. Etenim mandatum ſolius mandatarii contemplatione interpoſitum, etſi mandantem obligat, ſi dolus ejus intervenerit, *§. tua tantum. 6. hoc tit.* mandatarium tamen non obligat ullo modo: quippe cujus nulla obligatio eſſe poteſt, niſi quatenus negotium, quod gerendum ſuſcepit, ad alium pertinet, *d. l. in re. 21. C. hoc tit.* ut proinde cùm de obligatione mandatarii circa prædictas præſtationes quæritur, mandatarius tantùm conſiderari debeat ut rem alienam gerens; quomodo etiam conſideratur in *d. l. in re. 21. & paſſim in hoc arg.* Planè in iis, quæ actum commiſſum conſequuntur, interdum culpa aut fraude carere ſufficit, *l. 8. §. ult. l. 10. l. 29. §. 4. hoc tit.*

Juſta cauſa interceſſerit, &c.] Hoc admiſſo renunciatione tempeſtiva mandatum ſolvi, conſequens fuit, ut etiam propter intervenientem juſtam cauſam aut non renunciandi, aut intempeſtivè renunciandi, excuſationes mandatarius allegans audiri debuerit. Juſta non renun-
3 ciandi aut omittendi mandati cauſa eſt, veluti ſi actiones mandatario competituræ inanes illi futuræ ſint, eo quod mandator ſolvendo eſſe deſierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimicitiæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorem credibile eſt amplius opera mandatarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eamdem illi operam porro præſtet. Non tempeſtivè renunciandi, adverſa valetudo, aut ſimiles caſus, quibus impeditus tempeſtivè renunciare non potuerit, *l. ſanè. 23. l. 24. & l. ſeq. eod.*

TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & ſub conditione fieri poteſt.*

COMMENTARIUS.

MAndatum & in diem differri, & ſub conditione contrahi poteſt, ut hìc, & *l. 1. §. pen. eod.* & cùm mandati obligatio merè à conſenſu pendeat, poteſt per nuntium quoque vel per epiſtolam mandatum fieri ac ſuſcipi, *d. l. 1. pr. & §. 1.* ſed hæc, & alia id genus, *ſub rubr.*

TEXTUS.

De mercede.

13. *In ſumma ſciendum eſt, mandatum, niſi gratuitum ſit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede conſtituta, incipit locatio & conductio eſſe. Et, (ut generaliter dicamus,) quibus caſibus ſine mercede ſuſcepto officio mandati ſive depoſiti contrahitur negotium; iis caſibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo ſi fulloni polienda curandave quis dederit veſtimenta, aut ſarcinatori ſarcienda, nulla mercede conſtituta, neque promiſſa, mandati competit actio.*

COMMENTARIUS.

1 *Honorarii ſive ſalarii conſtitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipſo ſalario actionem mandati eſſe.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum eſſe.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æſtimari.*
4 *In dubio præſumendum non eſſe fullonem, &c. operam gratis ſuſcipere.*

MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde niſi gratuitum ſit, nullum eſt. Quippe officio atque amicitiæ contraria eſt merces, *l. 1. §. ult. l. ſtatu ut. 36. §. 1. h. t.* alioqui videretur mandatarius καπηλεύειν τὴν φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. Enim verò 1
gratiam referre amicitiæ benè convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de cauſa mandatum eſſe non deſinit, ſi remunerandi cauſa honor intervenerit, *l. 6 pr. eod.* ubi Juriſconſultus figuratè honorem appellat pecuniam remunerandi ſive honorandi cauſa datam promiſſamve. Paſſim honorarium & ſalarium nominatur, *l. 1. in fin. pr. ſi menſ. falſ. mod. l.* *§ in honorariis. 10. de extraord. cogn. l. 7. l. qui mutuum 56 § pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod.* & à mercede hoc differt, quòd merces ferè analoga ſit operæ, ſeu ita conſtituatur, ut æſtimationi

tioni operæ proportione reſpondeat; honorarium autem eſt voluntaria operæ gratis præſtitæ remuneratio. Etſi verò honorarii ſive ſalarii conſtitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio ſit de iis omnibus, quæ mandati judicio peti potuiſſent, ſi ſalarium non interveniſſet, *d. l. 6. in pr.* de ipſo tamen ſalario mandati actio non eſt, ſed extra ordinem peti ſolet, *l. 7. l. qui mutuum. 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti poſſit ſalarium, promiſſum & conventum eſſe oportet, ſaltem nudo pacto: ſi nullum conſtitutum ſit, nulla quoque eo nomine perſequutio eſt: in tantùm ut nec, ſi promiſſum ſit, ſed incertæ quantitatis, nulla adhuc ſit aut extraordinaria ſalarii petitio, aut actio mandati, ut certum conſtituatur, *l. qui mutuum. 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod.* ſed hoc forte ad eos ſolos pertinet, qui familiaritatis cauſa operam præſtant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certè hodie moribus noſtris poſſunt Advocati & Procuratores forenſes (*mits overleveren de declaratie van hare beſoigne, conform de inſtructie van de hoven ende lage vierſcharen*) petere ſalarium quamtumvis nullum pacti aut ſtipulati ſint, dum tamen inſtructionem ſuam, quam Curia dedit, non excedant. Add. Guid. Pap. *quæſt.* 67. Papon. *lib. 6. tit. 12. arreſt.* 12. Garz. *de ex-*
2 *penſ. & mel. cap.* 20. *num.* 15. Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id eſt, cùm advocatus aut procurator ex eventu litis certam quantitatem ſalarii nomine paciſcitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum eſſe, tamquam quod turpe atque adverſus bonos mores ſit, *l. 7. hoc tit. l ſi contra. 20. C. eodem. l. ſumptus. 53. de pact. l. 1. §. ſi cui. 12. de extra. cogn.* Don. *poſt alios, in d. l. ſi contra.* 20.

Mercede conſtituta incipit locatio eſſe] Modo tale factum ſit, quod locari ſoleat: qualia fere ſunt, quæ mercede eaque proportionata facto
æſtimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas 3
liberales pretio nummario æſtimari indignum eſt; ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, conſilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem eſſe; & quicquid hìc vel datum vel conſtitutum eſt, non merces, ſed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoſcit prætor. Sed neque talis facti locatio eſt, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit: veluti ſi pecuniam tibi dem, ut ſervum manumittas, non locatio & conductio eſt, ſed contractus innominatus. *l. 5. §. 2. de præſcr. verb.*

Fulloni aut ſarcinatori nulla mercede conſtituta, &c.] Id eſt, cum fullo aut ſarcinator eam operam gratis & amicitiæ cauſa expreſsè ſuſceperunt: alioqui non mandati actio, ſed præſcriptis verbis competit, *l. ſi tibi. 22. de præſcript. verb. §. 1. ſup. de locat.* Bachov. ubi Cajus ſcribit, cùm gratis ejuſmodi operam fullo aut ſarcinator ſuſcipit, mandati obligationem eſſe: cùm mercede data aut conſtituta, locationis conductioniſque negotium geri: ſi neque gratis, neque protinus data aut conſtituta mercede, ſed eo animo, ut merces poſtea conſtitueretur & daretur, eſſe contractum innominatum, ex quo in factum actio,
id eſt, præſcriptis verbis detur. Talis autem 4
animus utrinque præſumendus eſt, cùm fulloni, ſarcinatori, & ſimilibus, qui manuum opera victum quæritant, & ſpe lucri eam ſuſcipiunt, aliquid faciendum datur, niſi nominatim convenerit, ut gratis præſtaretur, *fac. §. 1. ſup. de locat.*

TITULUS VIGESIMUSOCTAVUS.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

Poſt genera contractuum enumerata, diſpiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè naſci ex contractu intelliguntur: ſed tamen quia non ex maleficio ſubſtantiam capiunt, quaſi ex contractu naſci videntur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Particulam* quaſi *notam eſſe ſimilitudinis, & ſimul improprietatis.*
3 *Falſos eſſe, qui putant, obligationem hìc naſci ex tacita conventione.*
4 *Non eſſe confundendum tacitum cum ficto, expreſſum cum vero.*
5 *Factum, unde hìc obligatio naſcitur, non male vulgo quaſi contractum appellari: & quid ſit?*

EXpoſitis obligationibus, quæ ex contra- 1
ctu naſcuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ naſcuntur quaſi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa diſtributione, propoſita *§. ult. ſup. de obligat.* ſecundum locum tribuit. Ait, *quaſi ex contractu.* Particula *quaſi* & ſimilitudinis nota eſt, & improprietatis; quamobrem rectè dicemus, quaſi ex contractu obligationem naſci, cùm citra conventionem naſcitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cùm dico citra conventionem: nam

ex

ex contractu nulla eſt obligatio ſine conventione, *l.* 1. § 3. *de pact.* Similitudinem, cùm dico, ex facto non turpi, id ɩ ſt, quod non cadit in ſpeciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus *l.* 5. *de obl. & act.* aut Juſtinianus *hoc tit.* reddunr, cut quaſi ex contractu obligatio naſci dieatur. Sunt
3 qui etiam ex conventione hìc obligationem naſci tradant, non quidem expreſſa, ſed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacitè ſeu re & facto aliquo conſenſus declaretur, an verbis & conventione expreſſa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio eſt, *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quàm verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacitè inter contrahentes agitur, pro exprello habetur, *l.* 3. *de reb. cred. l. ſemper.* 34. *de reg. jur.* Ita ſocietas tacitè contrahi poteſt, *l.* 4. *pro ſocio*, item mandatum, *l.* 6. § 2. *l. qui patitur.* 18. *mand.* locatio conductio, *l.* 13. §. *ult. locat.* Denique conventio ſæpe titulo contiactus incluſa eſt, ut conventio reſtituendi in mutuo, commodato, depoſito, pignore. Sed nec poſſe hìc vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium eſt, *l.* 1. §. 1. *de pact.* hìc autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quaſi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, §. 1. *inf hoc tit. l.* 2 *de neg. geſt.* adeo ut ea obligatione etiam furioſi & pupilli teneantur, *l.* 3. §. *& fi.* 5. *d. tit. l. furioſus.* 46. *de obl. & act.* Poſtremo nuſquam proditum eſt, ullum conſenſum hìc vel tacitè intervenire, ſed obligationem ex re naſci, *d. l.* 46. in eam nos incidere, *l. hæredes.* 25. § *non tantùm.* 16. *fam. erc.* utilitatis cauſa introductam eſſe, *l.* 5. *de*
4 *obl. & act.* §. 1. *hoc tit.* Planè ſi quis tacitum appellet, non quod ſimpliciter expreſſum non eſt, ſed quod nec verum eſt, ſed fictum, & contra naturam geſti auctoritate juris præſumptum, *l.* 3. *in fin. cum l. ſeq. quib. ex cau. in poſſ l.* 13. *in fin. commod.* hoc ſenſu per me licet, obligatio quaſi ex contractu veniens dicatur naſci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino eſt ab iis, qui nullum verum contractum agnoſcunt ſine expreſſa conventione, nullam veram conventionem, quæ non eadem & expreſſa ſit: confundentes expreſſum cum vero, tacitum cum falſo & ficto. Vinn. Rem acu tetigit Vinnius, dum conſenſum tacitum negat eſſe fundamentum obligationum, quæ quaſi ex contractu naſcuntur. Bene quoque facit, quod concedit, quaſi contractum ex conſenſu ficto vel præſumpto naſci. Hinc commodiſſime definietur quaſi contractus, quod ſit *factum honeſtum, quo & ignorantes obligamur ex conſenſu ob æquitatem vel utilitatem præſumpto.* Si definitionem Juſtiniani, quam in *pr. h. t.* tradidit, ſequimur, etiam pactum legitimum vel adjectum cum D. Pagenſtechero pro quaſi contractu venditare cogemur. Sin Vinnii deſcriptionem adoptamus; & generatio erit quaſi contractus. Eſt enim factum non turpe, quo alter alteri (pater liberis ad alimenta præſtanda) ſine conventione obligatur. Et quot non tunc erunt quaſi contractus? Hein. Factum, unde hìc obligatio naſcitur, cum interpretibus, contempta quorumdam ſuperſtitione, quaſi contractum appellamus. Nam etſi veteres non ita hìc loquuntur, ut dicant, obligationem naſci ex quaſi contractu, ſed quaſi ex contractu naſci; alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum ſimilitudinem inducta ſunt, ea nota ſic diſtinguunt; ex quibus hæc, quaſi poſſeſſio, quaſi maritus, *l.* 32. §. *pen. de don. int. vir. & ux.* quaſi Serviana actio, peculium quaſi caſtrenſe. Nonnumquam appellatione contractus etiam quaſi contractus comprehenditur, §. 1. *inf. de act l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act. l.* 23. *de reg. jur.* & interdum abſolutè contractus vocatur, *l.* 16. *de neg. geſt. l. ult. in quib ca. pign.* largo ſcilicet modo, & per abuſionem, *l.* 3. *in fin. cum l. ſeq. quib. ex ca. in poſſ.* Sic autem non male quaſi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, ſine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hìc recenſentur, negotiorum geſtio, adminiſtratio tutelæ, communionis rerum citra ſocietatem ſuſceptio, aditio hæreditatis, indebiti ſolutio.

Textus.

De negotiorum geſtione.

1. *Igitur cùm quis negotia abſentis geſſerit, ultro citroque inter eos naſcuntur actiones, quæ appellantur negotiorum geſtorum. Sed domino quidem rei geſtæ adverſus eum, qui geſſit, directa competit actio: negotiorum autem geſtori contraria. Quas ex nullo contractu propriè naſci manifeſtum eſt: quippe ita naſcuntur iſtæ actiones, ſi ſine mandato quiſque alienis negotiis gerendis ſe obtulerit, ex qua cauſa ii, quorum negotia geſta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis cauſa receptum eſt, ne abſentium, qui ſubita feſtinatione coacti, nulli demandata negotiorum ſuorum adminiſtratione, peregre profecti eſſent, desererentur negotia: quæ ſanè nemo curaturus eſſet, ſi de eo, quod quis impendiſſet, nullam habiturus eſſet actionem. Sicut autem is, qui utiliter geſſit negotia, dominum habet obligatum negotiorum geſtorum, ita & contra iſte quoque tenetur, ut adminiſtrationis reddat rationem. Quo caſu ad exactiſſimam quiſque diligentiam compellitur reddere rationem: nec ſufficit, talem diligentiam adhibere, qualem ſuis rebus adhibere ſolet: ſi modo alius diligentior eo commodius adminiſtraturus eſſet negotia.*

No-

NOTÆ.

1. *Abſentis*] Qui præſens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. mand.*

Contraria] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per conſequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *l. 5. depoſ. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

Ad exactiſſimam diligentiam] Fac. *l. 21. C. mandat. l. 25. §. 16. fam. erc. l. 24. C. de uſur.* Tenetur ergo negotiorum geſtor, non tantùm ſi quid lata aut levi culpa peccavit, ſed etiam, ſi quid vel culpa leviſſima: nullaque cauſa eſt, cur levius obligetur, quàm depoſitarius, qui ultro ſe depoſito obtulit, *l. 1. §. 35. depoſ.*

Nec ſufficit talem, &c.] His verbis perſpicuè ſignificatur, etiam culpam leviſſimam à geſtore præſtari, *arg. §. 2 ſup. quib. mod. re contr. obl.* ubi eadem præſtatio & iiſdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus ſolummodo præſtatur, ut in caſu *l. 3. §. 9. de neg. geſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Negotiorum geſtionem eſſe factum naturæ mediæ inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantùm latere ſunt obligatoria.*
2 *Actio ex geſto directa cui detur, item cui contraria? & quid utraque contineat?*
3 *Doline tantùm, an etiam culpæ, & cujus nomine geſtor teneatur? accuratius, quàm vulgo.*

PRima ſpecies quaſi contractus, negotiorum geſtio. Ex Cajo *l. 5. de obl. & act.* Ait, *cùm quis negotia abſentis geſſerit*. Videlicet ſine mandato, aut ignorantis: nam ſi ex mandato geſſerit, palam eſt, ex contractu naſci inter eos obligationem mandati. Si verò ſine mandato geſſerit, naſcitur quidem & hìc ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones naſcuntur ex contractu, qui nullus interpoſitus eſt: quia non geritur negotium invicem; ſed quia nec maleficium eſt, alia negotia ſine mandato adminiſtrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquiſſe intelligi poteſt, quaſi ex contractu hìc obligatio oriri videtur, *d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de negot. geſt.*

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione *§. 2. ſup. quib. mod. re contr. obl.* eſſe quoſdam contractus, qui ex uno tantùm latere obligant, quoſdam, qui ex utroque, nonnullos etiam eſſe naturæ intermediæ, ex quibus nec ſemper unus tantùm, nec ſemper uterque obligetur.
1 Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depoſitum, pignus, etiam mandatum eſt, & quaſi contractus mandato ſimiles, negotiorum voluntaria adminiſtratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quaſi contractus principaliter comparati non ſunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium eſt, ita nec ab initio ex his cauſis obligatur: ſed ut obligetur, ſit ex accidenti & per conſequentiam, ſi quid alter de ſuo neceſſario aut utiliter impendit, alter autem ſtatim tenetur, & directo, ex ipſo contractu aut negotio. Hinc eſt, quod actio, quæ ex his cauſis domino propoſita eſt, directa dicitur, & interdum principalis, *l. in commodato. 17 §. 1. commod.* quæ adverſus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per conſequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem.
Et in propoſito igitur actio, qua negotiorum ge- 2
ſtor tenetur domino, eſt & dicitur actio negotiorum geſtorum directa, qua dominus per conſequentiam tenetur geſtori, cui per cauſam geſti quid abeſt, contraria.

Adverſus eum, qui geſſit] Ut geſti rationem reddat, & interdum non geſti, videlicet ejus, quod gerendum ſuſcepit: nam novum inchoare non habet neceſſe, *l. nam & Servius. 21. §. 2. de neg. geſt.* Geſti obligatio duo continet. Reſtitutionem ejus, quod per occaſionem negotii ad gerentem pervenit, *l. 2. eod.* exempla ſume ex *l. 8. §. 1. l. ſi quis. 23. eod.* & damni ejus, quod perperam geſſit, præſtationem: cæterum hìc lucrum cum damno caſu dato penſatur, *l. 11. eod.* In non geſto non tantùm damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, ſed etiam lucri omiſſi: ad quod declarandum, accommodatiſſimum exemplum eſt, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris ſui negotia geſſit, *l. 6 §. ult. l. 7. l. divortio. 35. eodem.*

Negotiorum geſtori contraria] Si modo utiliter negotium geſſit: nam qui geſſit inutiliter, actionem non habet, *l. 2. eodem.* Competit autem hæc actio ut & cæteræ ejuſdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. depoſ. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in propoſito duarum rerum nomine comparata eſt; nempe ut præſtetur & quod abeſt ei, qui utiliter geſſit, puta ſi de ſuo quid erogaverit, aut quid conſecutus non ſit, quod alias conſequi potuiſſet; & quòd ei abfuturum eſt, veluti ſi ſe in rem abſentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. ſi quis. 28. de neg. geſt. l. ob negotium. 18. C. eod.*

Subita feſtinatione coacti] Sed & ſæpe homines eo animo peregre proficiſcuntur, quaſi ſtatim redituri, nec ob id curam negotiorum ſuorum mandant: deinde novis cauſis intervenientibus diutius abeſſe coguntur, *l. 5. in pr. verſ. ideo. de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum geſtorum] Cujacius, Hotomannus, Vveſembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum*. Et ita quoque Theophilus legiſſe videtur.

Ad exactiſſimam diligentiam] Secundum regu- 3
lam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum geſtore exigendum videtur, quàm à depoſitario, nimirum ut dolum præſtet dumtaxat, non etiam culpam, niſi dolo proximum; quoniam non magis gerentis in cauſa negotiorum geſtorum, quàm depoſitarii in depoſito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris eſt, non doli tantùm nomine, ſed etiam culpæ geſtorem obſtringi, *l. 11. de neg. geſt. l. tuteri. 20. C. eod.*

l. con-

l. contractus. 23. de reg. jur Sed nimirum, ut ſuperius quoque ſub §. 2. *ſup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. præc. tit.* monui, regula de dolo dumtaxat præſtando in negotio, in quo ſuſcipientis nulla verſatur utilitas, vim ſuam perdit, cùm quis ſe negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia ſua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia ſua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum geſtorem non tantùm eo nomine teneri, ſi quid conſulto, lata aut levi culpa, peccavit, ſed etiam ſi quid vel culpa leviſſima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque ſumma & exactiſſima, ut non excuſetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem ſuis rebus adhibere ſolet, ſi modo alius diligentior utilius negotia adminiſtraturus eſſet. Quibus verbis palam eſt ſignificari, etiam culpam leviſſimam à geſtore præſtandam eſſe, cùm eadem planè præſtatio & iiſdem verbis imponatur commodatario, quem ſanè etiam ob leviſſimam culpam teneri conſtat, *d. §. 2. ſup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille. 4. de obl. & act.* Hoc idem non obſcurè indicat *l. hæredes. 25. §. non tantùm. 16. fam. erc.* ubi Juriſconſultus ſcribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præſtare, diligentiam autem non majorem, quàm rebus ſuis: neque enim hos eſſe ſimiles negotiorum geſtori, ut ſumma ab iis diligentia exigi debeat; quoniam negotiorum geſtor cauſam gerendi non habet, illi habent propter partem ſuam. Sed quod ſcriptum eſt in *l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri; nec quicquam in eorum adminiſtratione neglectum ac declinatum culpa vacuum eſſe, tam ad negotiorum geſtorem, quàm mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui ſe ingerit, quàm ad hunc, qui rogatus gerit. Poſtremo nulla cauſa eſt, cur levius obligetur, qui ſe miſceat rebus ignorantis, quàm depoſitarius offerens ſe depoſito. At hunc illa officii oblatio periculo depoſiti ſic illigat, ut omnia præſtet præter improviſos caſus, ſicut diſertè ſcriptum eſt in *l. 1. §. ſæpe. 35. depoſ.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad abſentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipſorum abſentium intereſſe: nam ſi nemo ſit, qui ea capeſſat, futurum eſſe, ut pereant. Reſp. etiam intereſſe abſentium, ne quis temere ſe negotiis eorum immiſceat, & diligentiorem forte antevertat. Neque enim ſemper negotia aliena urgente neceſſitate ſuſcipiuntur, cumque id fit, doli tantùm nomine geſtorem teneri placet, *l. 3. §. interdum. 9. de neg. geſt.* ſed ſæpe homines præproperè ſe alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, ſed acti aut ſpe emolumenti, aut præpoſtera curioſitate. Quo pertinet *l. culpa. 36. de reg. jur.* ut vel maximè abſentium utilitas in eo vertatur, ut quicumque ſe negotiis alienis nulla urgente neceſſitate immiſcent, intelligant, nihil in eorum adminiſtratione omiſſum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *poſt Gloſſ. hic.* ſtatuunt, eo demum caſu negotiorum geſtorem propter culpam leviſſimam teneri, cùm alius diligentior ad gerendum ſe obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *ſi modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit ſententiæ hujus loci, qui deſcriptionem quamdam continet exactiſſimæ diligentiæ, cui culpa leviſſima opponitur, *arg. §. 2. ſup. quib. mod. re cont. obl. l. 1. §. & ille. 4. de obl. & act.* add. Paul. *1. ſent. 4. l. 24. C. de uſur.* VINN. Aliquando & caſum præſtat negotiorum geſtor, ſi vel tale negotium ſuſceperit, quod gerere non ſolebat dominus, *l. 11. ff. de neg. geſt.* vel caſui cauſſam & occaſionem dederit, §. 2. *Inſt. quib. mod. re obl. contr.* Aliquando ne levem quidem culpam, ſed dolum & culpam latam dumtaxat præſtat: puta ſi quis affectione ductus, ne bona abſentis diſtrahantur, ſe negotiis ejus obtulerit, *l. 3. §. 9. ff. de neg. geſt.* HEIN.

TEXTUS.

De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutelæ judicio tenentur, non propriè ex contractu obligati eſſe intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia ſanè non ex maleficio tenentur, quaſi ex contractu teneri videntur. Hoc autem caſu mutuæ ſunt actiones. Non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem; ſed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, ſi vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem ſuam creditoribus ejus obligaverit.*

COMMENTARIUS.

1 ***Tutorem in rebus pupilli non tantùm dolum, ſed etiam culpam præſtare.***

2 ***Cur levem dumtaxat culpam, non etiam leviſſimam tutor præſtet?***

SEcunda ſpecies quaſi contractus, adminiſtratio tutelæ. Neceſſarii quoque rerum alienarum adminiſtratores, veluti tutores, quaſi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam ſuſcipientes, aut ſuſceptam adminiſtrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res ſpeciem maleficii aut quaſi maleficii habet, *l. 5. §. 1. de obl. & act.*

Actiones mutuæ] Pupillo prodita eſt actio tutelæ directa, qua, finita tutela, *l. 4. de tut. & rat. diſtr.* tutorem convenire poteſt, ut rationem reddat adminiſtrationis ſuæ, & tam non geſti, quàm geſti, atque ut reliqua inferat, *l. 1. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. C. ſi tut. vel cur. non geſſ.* Et
quamvis in adminiſtratione tutelæ nulla verſe- 1
tur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantùm dolum & culpam latam, ſed etiam levem præſtare, *l. contractus.*

23. de

Digitized by Google

23. *de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defenſionem miſeræ ætatis conſtitui ſuaſit. Quicquid ergo vel dolo tutoris, aut lata ejus culpa, vel etiam levi amiſſum vel non acquiſitum erit, cùm conſervari aut acquiri potuiſſet, hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1. l. cum tutor. 18. de tut. & rat. diſtr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. ſi tutori. 23. C. de adm. tut. l. 3.*
2 *C. de peric. tut.* Enim verò quoniam neceſſitas gerendi excuſatione digna eſt, ſi tutor pro captu ſuo bona fide facit, quod poteſt, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quàm quantam ſuis rebus adhibere ſolet, hoc eſt, ut levem culpam præſtet duntaxat, non etiam leviſſimam, *d. l. 1. de tut. & rat. diſt. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus. 33. pr. de adm. tut.* Fruſtra verò ex *l. 4. C. de peric. tut.* quæ ait, à tutore fortuitos caſus non præſtari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris cauſis omnibus, atque adeo ex culpa quoque leviſſima Add. Pet. Fab. *ad l. 23. de reg. jur.* Vice mutua, tutor cum pupillo, cujus tutelam geſſit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, ſive impenderit quid in rem pupilli, ſive aut ſe, aut res ſuas pro pupillo obligaverit, & impenſas recipiat, & ab obligationibus liberetur. *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis perſonis ad curatores quoque & adultos transferenda ſunt. *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui ſub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. arbitr. tut. cum ſimilib.*

TEXTUS.

De rei communione.

3. *Item ſi inter aliquos communis res ſit ſine ſocietate: veluti quod pariter eis legata donatave eſſet, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, quod ſolus fructus ex ea re perceperit, aut quod ſocius ejus ſolus in eam rem neceſſarias impenſas fecerit; non intelligitur ex contractu propriè obligatus eſſe, quippe nihil inter ſe contraxerunt: ſed quia ex maleficio non tenetur, quaſi ex contractu teneri videtur.*

De hæreditatis communione.

4. *Idem juris eſt de eo, qui cohæredi familiæ erciſcundæ judicio ex his cauſis obligatus eſt.*

NOTÆ.

3. *Sine ſocietate*] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cùm ex ſocietate res communis eſt, *l. 1. & 2. comm. div.* ſed eo caſu eſt ex contractu.

Et alter eorum alteri] Principalis finis judicii communi dividundo eſt, ut res dividantur, & à communione recedatur, *§. 4. & 5. infr. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. erciſc.* tum ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet, lucri, damni, impenſarum nomine, *l. 3. d. tit.* lucri, ut in *l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud.* damni, ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. erc.* impenſarum, ut *l. 18. §. 3. d. tit. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

Quod ſocius ejus ſolus] Obſervat, ſocium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra cauſam ſocietatis, puta collegatarium ejuſdem rei, &c. ſed iſta ſocietas voluntaria non eſt, ſed neceſſaria.

4. *Qui cohæredi familiæ erciſc*] Quippe ſemota hæreditatis diviſione, cætera ſunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. 11. comm. div.*

COMMENTARIUS.

1 *Communio inter aliquos conſtituta quarum rerum obligationem pariat?*
2 *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur?*

TErtia ſpecies, quæ quaſi ex contractu obligationem producit, eſt communio rerum
inter aliquos citra ſocietatem ſuſcepta. Rerum 1
communio ſic inter aliquos conſtituta, ſive hæreditatis inter cohæredes, ſive rerum ſingularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata eſt, quive ſimul eamdem rem emerunt ſine affectione ſocietatis, duarum rerum obligationem parit: nam & conſortem ad rerum diviſionem obligat, & in communione manenti præſtationibus quibuſdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *l. item Labeo. 22. §. 4. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hìc obligatio eſt, quod conſors, ſi ſponte communionem omittere nolit, compellatur ad diviſionem judicio diviſorio; in quo hoc maximè agi conſtat, ut ſua cuique parte adjudicata, à communione, quam nec ſuſcipere, nec retinere quiſquam cogitur, *l. 26. §. 4. de cond. ind. l. ultim. C. comm. div.* diſcedatur, *l. 1. fam. erc. l. 1. comm. div. §. quædam. 20. inf. de act.* Diviſio rerum qualis ſit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio, explicatur §. 4. *& ſeqq. inf. de offic. jud.* Præſtationes perſonales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impenſarum nomine, *l. 3 comm. div.* Lucri, ut, ſi quid ad unum è conſortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. & hoc text.* Damni, ut, ſi quid damni in re communi datum aut factum eſt culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujuſque ſarciat, *l. 16. §. pen. l. hæredes. 25. §. non tantùm. 16. & §. item culpæ. 18. l. inter cohæ-*
redes. 44. §. quod ex fact. 5. fam. erc. Culpa autē non 2
ad exactiſſimam diligentiam dirigitur: quoniam qui rem cū alio communem habet, propter ſuam partem cauſam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quàm qualem ſuis rebus adhibere conſuevit, *d. l. hæredes. 25. §. non tantùm. 16.* Impenſarum, ut, ſi quæ ab uno in res communes factæ ſunt, quas propter partem ſuam neceſſe

ha-

Digitized by Google

habuit facere, ei à cæteris per rata reſundantur, *hoc text. l. 18. §. 3. d. l. hæredes. 15. §. idem juris. 13. & ſeqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div* Quorum omnium conſequendorum cauſa comparatæ ſunt actiones inter hæredes familiæ erciſcundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes ſunt, extra cauſam hæreditatis, communi dividundo, *tit. ff. & C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præſtationes illas, ſive propter diviſionem rerum hæc judicia reddantur, ſemper quaſi ex contractu proficiſcuntur.

Textus.

De aditione hæreditatis.

5. *Hæres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius geſſiſſe propriè dici poteſt,) & tamen quia ex maleficio non eſt obligatus, quaſi ex contractu debere intelligitur.*

Notæ.

5. *Hæres quoque*] Ex Cajo *l. 5. §. 2. de obl. & act.*

Commentarius.

1 *Hæredem propriè quaſi ex contractu obligari legatariis & fideicommiſſariis, non item creditoribus hæreditariis.*

Quarta ſpecies contractus, aditio hæreditatis. Certum eſt, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortaſſis ne novit quidem, negotium contrahere: ſed & plus quàm manifeſtum eſt, nullum in ea re maleficium eſſe. Reſtat ergo, ut ex hac cauſa quaſi ex contractu obligetur. Nimirum cùm quis hæreditatem ſibi delatam amplectitur, ſimul judicium defuncti agnoſcere, ſeque oneribus, quæ ex voluntate defuncti ſubeunda ſunt, ſubjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis ſeſe obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 3. §. ult. & l. ſeq. quib. ex ca. in poſſ.*

1 *Legatorum nomine*] Hæres tunc propriè quaſi ex contractu obligatur, cùm non alia obligationis cauſa eſt, quàm agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac cauſa tantùm tenetur creditoribus teſtamentariis, ſeu legatariis & fideicommiſſariis, *d. l. 5. § 2 de obl. & act. & hoc text.* Atque his ſolis actio perſonalis, quæ in uſu juris actio ex teſtamento dicitur, & quaſi ex contractu naſcitur, competit. vid. *ſup. § 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id eſt, creditoribus defuncti, non tenetur quaſi ex contractu & facto ſuo, ſed ex ipſo contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem ſuum tranſmittit. Hæ ſunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adverſus defunctum, & ex eadem cauſa. Inauditum enim eſt, creditores hæreditarios actione ex teſtamento experiri. Ex legatis verò non eſt obligatio hæreditaria, ſed obligatio hæredis, quamvis hæreditariæ loco eſſe dicatur, *l. hæreditarium. 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio eſt & in legatariis & fideicommiſſariis, à quibus quid relictum eſt: eædemque adverſus eos actiones ejus rei obtinendæ cauſa conſtitutæ, *l. un. §. pro ſecund. 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.*

Textus.

De ſolutione indebiti.

6. *Item is, cui quis per errorem non debitum ſolvit, quaſi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus eſſe, ut ſi certiorem rationem ſequamur, magis (ut ſupra diximus) ex diſtractu, quàm ex contractu poſſit dici obligatus eſſe. Nam qui ſolvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut diſtrahat potius negotium, quàm contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac ſi mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.*

Notæ.

6. *Cui quis per errorem*] Facti quidem etiamſi ſubſit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen deſtituta ſit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, ſi is, qui ſolvit, ne natura quidem qualis qualis debitor eſt, arg. *l. 7. de cond. ca dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poſſ. leg. cum ſimil.*

Quaſi ex contractu] Quia hæc res ſpeciem negotii invicem geſti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacitè hic obligatio naſcitur, *l. 13. in fin. commod.*

Perinde obligatur] *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono ſcilicet, & æquo, *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cùm ſtricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem *l. 19. de reb. cred.*

Commentarius.

1 *Quando quis ſciens indebitum recipit, furti obſtringatur?*
2 *Quæ requirantur, ut indebitum ſolventi competat?*
3 *An ejus, quod errore juris ſolutum eſt, aliquando repetitio ſit?*
4 *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quaſi?*

Quinta & poſtrema ſpecies, unde obligatio quaſi ex contractu proficiſcitur, eſt indebiti per errorem ſolutio. Habet hæc ſpecies magnam cum mutuo affinitatem, quæ cauſa eſt, quod

ſup. §. 1. quib. mod. re cont. obl. ſtatim poſt contractum mutui etiam indebiti ſoluti mentionem fecit; ſed cùm illic dicat, obligationem, qua tenecturis, qui indebitum accepit, ex contractu non conſiſtere, tacitè ſignificat, quaſi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius oſtendit ex Cajo *l.5 §.is quoque. 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum ſolvit, aut ſciens ac prudens hoc facit; quo caſu accipiens non obligatur, ceſſatque adeo repetitio, etiamſi ea mente dedit, ut poſtea repeteret, *l.1.l. ſi non ſortem.26.§.2.& 3.h.t. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. cujus.53.de reg.jur.* junct. *l.quod quis.50.hoc tit.* Aut dubitans: qui ſi nominatim ſolutioni hanc legem dicat, ut reddatur, ſi poſtea apparuerit eſſe indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad reſtitutionem, *l.2.eod.* Si verò ſimpliciter ſolvat; quaſi ex contractu: ſiquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur, *l.ult.C.eod.* Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, ſeu ignorans ſe non debere; de qua ſpecie paſſim agitur in *ff. & C. de cond. ind.* eſtque eadem illa, in qua accipientem quaſi ex contractu obligari hoc loco & *d.l.5.§.3. de obl. & act.* traditum eſt: quàm rectè, videbimus poſtea. In accipiente
1 nulla erroris aut ſcientiæ diſtinctio eſt. Denique qui ſciens indebitum recipit, etiam furti obſtringitur, *l. quoniam. 18.de cond.furt.l.falſus. 43.in pr.de furt.* quod ita verum eſt, ſi creditorem ſe ſimulans alterum ad ſolvendum induxit: nam ſi pecuniam ultro ſibi oblatam à debitore accepit, furtum non committit, *arg.d.l.falſus.43.* Coſtal. poſt Bart. *ad d. l. quoniam. 18.*

2 *Cui quis per errorem indebitum ſolvit*] Ut in ſpecie propoſita ſolventi quæratur obligatio & ſoluti condictio, duo requiruntur; ut indebitum ſit quod ſolvitur; ut ſolvatur per errorem. Primum exigimus, ut ſit indebitum: nam debiti ſoluti nulla repetitio eſt. Et quidem nemo dubitat, quin ceſſet repetitio, ſi id quod ſolutum eſt, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid ſi alterutro tantùm? Si tantùm jure civili, id eſt, ex obligatione, cui deeſt vinculum æquitatis, ut ſummo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, ſed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, placet, locum eſſe repetitioni, *l. ſi non ſortem.26 §.3.l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus.54.hoc tit.de cond.ind.* Nimirum tale debitum tantùm verbo ita dicitur, re autem debitum non eſt: quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili vere deberi intelligitur, *l.3.§.1. de conſt. pec. l. nihil. 112. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac cauſa pro vero debito habetur, eoque etſi exigi non poteſt, ſolutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter ſe obligatum putabat, non repetitur: ſententia innumeris locis tradita, *l.10 de obl. & act. l. 16. §.naturales.4.de fidejuſſ.l.3.§.ult.quod quiſque jur. l.13.l.19. hoc tit.* Et verò cùm etiam id, quod natura debetur, in compenſationem veniat, *l 6. de compenſ.* ſumma ratione denegatur quoque ejus ſoluti repetitio. Sed & ſi debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex cauſa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, ſolutum per errorem non repeti. Hujus generis eſt exceptio rei judicatæ: ſiquidem ſententia judicis obligationem conſenſu conſtitutam perimere non poteſt; & ideo quod verus debitor abſolutus ſolvit, repetere eum non poſſe, Julianus & Paulus reſponderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatuſc. Macedoniani: nam & filiusfam. ſi mutuam pecuniam Senatuſc. acceperit, & paterfam. factus perperam ſolverit, non repetit: quoniam naturalis obligatio manet, *l.10.de ſen. Maced.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac cauſa condictionis, *l.40.hoc tit.l. 9. in fin. de ſenat. Maced.* ſed ea non eſt generalis, ut apparet ex *d. l. 60.* Atque ego in hac ſpecie omnino diſtinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. num. 3. in fin.* Enim verò naturale debitum more veterum hìc accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod ſi naturalis obligatio jure civili improbata ſit, aut deſtituta juris civilis auxilio, qualis eſt mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad ſenat. Vell.* prodigi promittentis, *l.6. de verb. oblig.* pupilli, ſine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat acceſſiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac ſi quod ex ea cauſa ſolutum eſt, nullo jure debitum eſſet, *l. 9. C. ad ſenat. Vell. l.41.hoc tit. l. 6. de verb. oblig.* Eodem jure civili inſuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas teſtatoris vel minus ſolemnis, vel legantis ſupra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falcid. l.7. C. hoc tit.* Error duplex eſt; facti unus, ſcilicet cùm factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cùm factum ſcitur, ſed quid jus hìc tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.* Unde quæſitum eſt, quomodo acci- 3
piendum, quod paſſim ſimpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem ſolutum repeti poſſe, de errore facti tantùm, an etiam de errore juris. Veterum interpretum ſententia eſt, ſi nulla ſubeſt naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris ſolutum eſt, repetitionem eſſe: in quam ſententiam & ipſe concedo, cum D.Zaſ. *ad rubr.hoc tit.num.5.* Sichard. *ad rubr.& l.1.C.eod.* Vveſemb. *par.eod.num.9.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 8. num. 3.* Bachov. *de act. diſp. 4. theſ.17.* Joan.Ain.Corvin. *in Enchiridio, tit. quibus mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hæc condictio. 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino conſequens eſt, eam non niſi exceptione æquitatis ex adverſo excludi poſſe. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate condictionis excipere, cui quid ſolutum eſt, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, ſive quod cauſa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, ſive quod effectum non habet, ut

acci-

accidit in mere civili debito? Nam cùm tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compenſetur, *l. quæcumque. 14. de compenſ.* acceſſiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. conſt. l. 7. de fidejuſſ.* cùm prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det niſi cum exceptione, quo ipſo oſtendit, ſe id pro debito non habere, per *l. 9. de jurejur.* quis credat, ſi id vel per errorem juris ſolutum ſit, retineri poſſe? Ut ecce, ſi quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coegerit, ut promitteret, non poſſum adduci ut credam, ſolutum ex his cauſis retineri poſſe, atque improbitatem ſuam cuiquam prodeſſe hoc ſolo prætextu, quod ſolvens in jure erravit, ignorans ſe adjuvari potuiſſe exceptione doli mali, aut quod metus cauſa. Et ne videamus ſine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens eſt in *l. qui ſe debere. 7. de cond. ca. dat.* ubi diſertè Julianus poſt Nervam & Atticinum reſpondet, pecuniam ſolutam ab eo, qui ſe debere putabat, cùm exceptione doli mali ſe tueri potuiſſet, repeti poſſe, ac proinde ſolutam errore juris. Similes loci ſunt in *l. cum is. 32. §. 1. l. ſi fidejuſſor. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. quæ fideicommiſſa. 79. de legat. 2.* & apertiſſimus in *l. 1. ut in poſſ. leg. in pr. fac. item. l. mandatum. 57. mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. π. de cond. ind.* quamvis prolixo, nuſquam aut tantùm errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, ſed perpetuo tribuitur errori ſimpliciter, ſive quod ſolutum eſt omnino non debeatur, ſive propter exceptionem perpetuam exigi non poteſt, *l. ſi non ſortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat, errorem quidem, qualiſcumque ſit, repetitioni non obſtare, ſed obſtare ſolventis ſcientiam, & quidem ſolam: quod luculenter probat tum *d. l. ſi non ſortem. 26. §. 3. & l. 24 eod.* tum ratio, ob quam placet, eum, qui ſciens indebitum ſolvit, non repetere; nimirum quia donaſſe intelligitur, *l. cujus. 53. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob ca. dat.* quod de eo, qui ſe obligatum & neceſſitate ſolvendi adſtrictum putat, dici non poteſt. Poſtremo illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l. 8. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei ſuæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perſpicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum ſolutum eſt, condici poſſe: nam ſi hoc negamus, illud fateamur neceſſe eſt, errorem juris etiam in amittenda re ſua cuique nocere, contra ſententiam Papiniani in *d. l. 8.* Neque video quid ad hoc responderi ſine cavillatione poſſit. Nam certè illa Neotericorum diſſentientium reſponſio captioſa eſt, quod condicens non laboret de re amittenda, ſed de amiſſa: ſi enim per errorem juris ſolvens ita rem ſuam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei ſuæ ei nocet. Neque verò de tempore condictionis inſtituendæ quæritur, ſed factæ ſolutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem ſuam amittere, videlicet ſic, ut eam nunquam poſſit repetere; & quod idem Papinianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris ſuum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obſtat *l. 29. §. 1. mand.* nam illic proponitur ſpecies, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua ſe tueri poterat; & fidejuſſor, qui cùm id non ignoraret, nihilominus tamen ſolvit: negaturque hoc caſu fidejuſſori competere actionem mandati; de condictione autem nullum ibi verbum. Quod verò dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* ſic accipiendum eſt, non prodeſſe, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminiſſe oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire, quominus ſolutum condici poſſit, ſi nulla ſubſit naturalis obligatio. Quod ſi is qui ſolvit, natura qualiſqualis debitor eſt, quæ res ſimul juſtam retentionis cauſam accipienti tribuat, hoc ſanè caſu juris inter & facti errorem diſtinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce, cùm eſſem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconſultum accepi, & paterfam. factus ſolvi: ſi per ignorantiam juris, non repetam; ſi per errorem facti, contra, *arg. l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. ſeq.* junct. *l. ult. de ſenat. Maced.* Solvi legatum vel fideicommiſſum ſecundum voluntatem teſtatoris, ſed minus ſolemnem: ſolvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; ſi errore facti, repetitionem habeo, ſi errore juris, non item, *l. 2. C. ſi adv. ſol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Non equidem ideo, quod hic ſolus error juris mihi noceat, ſed quod ſimul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas teſtatoris, per *l. 2. C. de fideicomm. l. in teſtamento. 38. de fideic. lib. l. 5. §. ſi quis. 15. de don. int. vir. & uxor.* juſtam facit retentionem. Atque ad hujuſmodi aut ſimiles caſus accommodandi ſunt alii loci Codicis, in quibus forte aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantùm tribuitur; ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind.* Nam profecto ob hoc ſolum, quod ego in jure erravi, tu juſtam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, cauſam habere non potes: & hic melius eſt favere repetitioni, quàm adventitio lucro, per *l. non debet. 41. §. 1 de reg. jur.* VINN. Speciosa hæc: nec tamen ſolida. Regula juris eſt, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, *l. 9. ff. de jur. & fact. ign.* Secundum hanc regulam, jus ignorantem indebitum ſi ſolverit, repetitionem non habere, eamque repetitionem tantum per ignorantiam facti competere, diſertè dicitur in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 9. C. ad l. Aquil.* Quum verò minoribus & fœminis jus ignorare liceat, *l. 9. ff. de jur. & fact. ign.* hinc ea exceptio & in ſolutione indebiti obtinet, *l. 9. C. ad SC. Vellei.* Jus quoque ſingulare eſt in *l. 1. ff. ut in poſſeſſ. leg.* idque ad exemplum non trahendum. Obſervavit hoc rectè V. C. Ger. Noodt *Comm. ad Pand.*

lib. 12. tit. 6. p. 298. ubi & ad *l. 7. & 8. ff. de jur. & facti ign.* reſpondit. HEIN.

4 *Magis ex diſtractu, quàm ex contractu*] Obligatio indebiti per errorem ſoluti non eſt ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio eſt ex mutuo conſenſu & conventione. At neque qui in ſolutum dat, eo animo eſt, ut accipientem ſibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: ſed datur & accipitur obligationis, quæ ſubeſſe putatur, tollendæ cauſa. Verùm extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio naſcitur, *l. 13. in fin. commod.* nimirum ex conſenſu ficto & præſumpto, & ideo quaſi ex contractu: nam & qui ſolvit, interpretatione juris exiſtimatur eo animo eſſe, ut ſi indebitum ſit, accipientem ad reſtituendum obliget; & qui accipit ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res ſpeciem quamdam contractus & negotii invicem geſti habet, *l. ſi in area. 33. de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis. 19. de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quàm locupletior factus eſt qui accepit, *l. ſi non ſortem. 26. §. libertus. 12. de cond. ind.* ſi verò ex contractu & conventione deſcenderet, daretur in ſolidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex diſtractu: nam ſi eſſet ex diſtractu obligatus, ex quaſi contractu non eſſet: quippe diſtractus & contractus nulla ſimilitudo eſt; neque ex eo, quod verè & expreſsè agitur, hìc naſcitur obligatio, ſed extra id tacitè inducitur, ut jam oſtenſum eſt. Ac ne illud quidem verum eſt, ullum hìc intervenire diſtractum, cùm nulla præcedat obligatio, quæ diſtrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem ſenſiſſe, cujus mens ſatis plana eſt, hæc ſcilicet, eum, cui indebitum per errorem ſolutum eſt, non obligari ex contractu: quoniam qui ſolvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem ſibi obliget, ſed ut obligationem, qua ſe teneri falſo putat, diſtrahat & diſſolvat; & qui accipit, non ea mente eſſe, ut ſe obliget alteri, ſed ut alterum, quem ſibi obligatum exiſtimat, ea obligatione liberet: quamquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

Quibus ex cauſis debitum ſolutum non repetitur.

7. *Ex quibuſdam tamen cauſis repeti non poteſt, quod per errorem non debitum ſolutum ſit: ſic namque definierunt veteres. Ex quibus cauſis inficiando lis creſcit, ex iis cauſis non debitum ſolutum repeti non poſſe: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa conſtituta, per damnationem cuique legata fuerant: noſtra autem conſtitutio cùm unam naturam omnibus legatis & fideicommiſſis indulſit, hujuſmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommiſſis extendi voluit; ſed non omnibus legatariis hoc præbuit, ſed tantummodo in iis legatis & fideicommiſſis, quæ ſacroſanctis Eccleſiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta ſunt: quæ ſi indebita ſolvantur, non repetuntur.*

NOTÆ.

7. *Repeti non poteſt*] Quaſi ſolutum tranſactionis cauſa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus cauſis inficiando] Hoc eſt, ex quibus actio adverſus confitentem in ſimplum datur, adverſus negantem in duplum, *l. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. 26. inf. de act.* Paul. *1. ſent. 19.*

Item ex legato] Et tertio ex cauſa depoſiti miſerabilis, *l. 1. §. 1. & ſeq. depoſ. d. §. 26. inf. de act.* Sed nec quod tranſactionis cauſa, *l. 65. §. 1. de cond. ind.* aut dotis nomine datum eſt opinione debiti, repetitur, *l. 32. §. 2. eod.*

Non repetuntur] Nam ſublata falſa opinione, relinquitur pietatis cauſa, ex qua ſolutum repeti non poteſt. Julian. *l. 32. §. 2. de cond. ind.*

COMMENTARIUS.

1 *Cauſæ, ex quibus lis per inficiationem creſcit.*
2 *Cur ex his cauſis veteribus placuerit, indebitum per errorem ſolutum repeti non poſſe?*
3 *Nonnullæ aliæ cauſæ, ex quibus indebitum errore ſolutum non repetitur: & quid hic moribus noſtris?*

SUnt quædam cauſæ, ex quibus indebitum per errorem ſolutum repeti non poteſt: cujuſmodi ſunt illæ, in quibus lis ſeu actio per inficiationem creſcit, hoc eſt, ex quibus actio adverſus confitentem in ſimplum datur, adverſus negantem in duplum, *l. inde Neratius. 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. ſed furti. 26. infr. de act.* Paul. *1. ſent. 19.* Creſcit hoc modo lis per inficiationem tribus 1
in cauſis, uno loco comprehenſis à Juſtiniano *d. §. ſed furti. 26.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius. 23. §. pen. l. item veniunt. 20. §. 4. de hær. petit. l. 5. §. 2. de ſerv. corr.* Paul. *d. loc.* Deinde in actione depoſiti miſerabilis, id eſt, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa factum eſt, *l. 1. §. 1. cum ſeqq. depoſ.* Poſtremo in actione legatorum religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d. §. ſed furti. 26.* Ex his cauſis ſi quis per errorem ſolvit, quod non debebat, ejus ſecundum

dum

Digitized by Google

dum definitionem veterum nullam repetitio-
nem habet, *l. 4. C. de cond. ind. & hoc text.*
2 Cujus rei ratio perobſcura eſt: nam mani-
feſta æquitas reclamare videtur. Non habeo,
quod reſpondeam, niſi quod veriſimile eſt,
certis in cauſis receptum fuiſſe, ut interro-
gati in jure, ſi negarent, & mendacii con-
vincerentur, in duplum irent: unde poſtea
inductum, ut qui ex his cauſis conventus ſol-
viſſet quantumvis indebitum, non repete-
ret; quaſi ſimplum ideo ſolverit, ne infi-
ciando periculum dupli ſubiret, & ita quaſi
tranſigendo hoc periculum à ſe amovere vo-
luerit. Oportet verò cauſam aliquam ſubeſ-
ſe, verbi gratia, damnum eſſe datum, licet
forte non ab eo, qui conveniunt, ſed ab
alio, legatum aliquod in pios uſus relictum
eſſe, licet forte minus ſolemniter. Nam ſi
nullum damnum datum ſit, aut nihil reli-
ctum, puto, locum eſſe repetitioni: quod et-
3 iam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ
cauſæ, ex quibus indebitum per errorem ſo-
lutum non repetitur, ut cauſa dotis, & tranſ-
actionis. Quod dotis nomine ſolutum eſt,
puta à matre aut ſorore, licet falſa opinio-
ne debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut
non repetatur, uti traditum eſt in *l. cum
is. 32. de cond. ind.* Similiter quod tranſactio-
nis cauſa datur, licet res nulla media fue-
rit, non repetitur, ne lites reſuſcitentur,
*l. in ſumma. 65. §. 1. eod. l. 2. C. de tranſ-
act.* Excipiunt & cauſam judicati; ſed male,
quoniam regula eſt de indebito ſoluto: at
quod ex cauſa judicati ſolvitur, id vel maxi-
mè debitum eſt: quippe quod etiam ab invi-
to exigi poteſt; ut mirum non ſit, pecuniæ
ex ea cauſa ſolutæ repetitionem non eſſe,
vid. Cujac. *p.tr. C. de cond. ind.* VINN. Magis
expeditum eſt ceſſare condictionem indebiti in
pœnis, *l. 42. ff. de cond. ind.* nec non in iis
cauſſis, ex quibus retentionem quidem habe-
mus, petitionem autem non habemus. *l. 51.
ff. eod.* cujus rei exemplum eſt in *l. 33. eod.*
HEIN.

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione creſcebat. Paul. 1. *ſent.* 19. quod in his legatis receptum fuiſſe videtur propter ſeveritatem judicii teſtatoris, hæredem ſuum dare damnantis, haud ſecus ac judex reum convictum condemnat; quaſi majori odio dignus ſit qui inficiatur, quod teſtator tam enixè voluit, & ſeverè imperavit, quàm qui legatum ſimpliciter datum negat.

Noſtra autem conſtitutio] Conſtitutione Juſtiniani, quæ extat in *l. 2. C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommiſſis eadem natura attributa eſt. Illa autem conſtitutio, qua jus, de quo hìc agitur, ad legata & fideicommiſſa religionis aut pietatis cauſa relicta coarctavit, non extat; & credibile eſt, Græcè ſcriptam intercidiſſe.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quod relinquitur Eccleſiis, cœnobiis, pietatis intuitu, xenodochiis, noſocomiis, orphanotrophiis, &c. Noſtris moribus jus hoc §. conſtitutum exolevit, nullaque lis creſcit inficiando. Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

TITULUS VIGESIMUSNONUS.

PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. Lib. 4 Tit. 27.

Ratio ordinis.

HUc uſque expoſitæ ſunt duæ illæ obligationum cauſæ, contractus & quaſi contractus. Quoniam autem ex his cauſis non tantùm per noſmetipſos & facto noſtro obligationem acquirere poſſumus, ſed etiam per eos, qui in poteſtate noſtra ſunt, vel revera, vel juſta opinione noſtra, de eo nunc concluſionis loco aliquid ſubjicitur ad eumdem modum, quo *ſup. lib. 2.* diſputationem de acq. rer. dominio concludit titulus *per quas perſ. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad perſonas, per quas acquiritur, cauſam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio eſt.

Vinnius in Inſtitut.

TEXTUS.

De his qui ſunt in poteſtate.

Expoſitis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quaſi ex contractu naſcuntur, admonendi ſumus, acquiri nobis non ſolum per noſmetipſos, ſed per eas quoque perſonas, quæ in noſtra poteſtate ſunt, veluti per ſervos & filios noſtros: ut tamen quod per ſervos noſtros nobis acquiritur, totum noſtrum fiat; quod autem per liberos, quos in poteſtate habemus, ex obligatione fuerit acquiſitum, hoc dividatur ſecundum imaginem rerum, proprietatis & uſusfructus. quam noſtra decrevit conſtitutio: ut quod

ab actione commodum perveniat, hujus uſumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio ſervetur, ſcilicet patre actionem movente ſecundum novellæ noſtræ conſtitutionis diviſionem.

NOTÆ.

Quod autem per liberos] Quod ad perſonas, per quas acquiritur, cauſam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominii & obligationis eadem ratio eſt.

Patre actionem movente] Utpote qui non nudus ſit fructuarius, ſed ſimul etiam legitimus bonorum adminiſtrator. Filii tamen conſenſus quoque adhibendus, niſi adhuc in prima ætate ſit conſtitutus, *l. ult.* §. 3. *C. d. tit.*

Novellæ noſtræ conſtitut.] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata eſt priore Codice jam edito. In ſumma ſic habe. Ex caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filius ſibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio ſibi proprietatem, patri uſumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti per ſervos] Quemadmodum res cæteræ per ſervos noſtros nobis acquiruntur, ſic etiam obligationes, earumque jus integrum ac ſolidum ad dominum pertinet, *l. 1. & paſſim. de ſtip. ſerv. & ſup. eodem tit.* ubi de hoc explicatum eſt.

Quam noſtra decrevit conſtitutio] Theophilus *διῄρηται*, *diſcrevit*. Intellige autem *l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum uſumfructum aſſignet patri, filio proprietatem. Peculii profectitii, caſtrenſis & quaſi caſtrenſis quæ ratio ſit, docetur §. 1. *ſup. per quas perſ. cuiq. acq.* Unde ſummatim illud intelligitur, ex caſtrenſi & quaſi caſtrenſi peculio filium ſibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio ſibi proprietatem, patri uſumfructum.

Secundum novellæ noſtræ] Licet ex cauſa peculii adventitii filiofam. proprietas quæratur, patri tantùm uſusfructus, quod minus eſt; placet tamen, ſolum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus ſit fructuarius, ſed ſimul etiam legitimus bonorum adminiſtrator. Adhibendus tamen eſt filii quoque conſenſus, niſi is prima adhuc ætate ſit conſtitutus, vel longè abſit, *l. ult. §. ubi autem. 3. C. de bon. quæ lib.* quæ eſt illa novella conſtitutio, cujus hic meminit Juſtinianus. Novellam vocat, eo quod lata eſt priore Codice jam edito, qui ſolus tunc, cùm Inſtitutiones ſcriberentur, pro Codice erat. Nam conſtitutiones emiſſæ poſt priorem Codicem, novellæ vocitatæ ſunt uſque ad poſterioris Codicis, cui inſertæ ſunt, editionem; quemadmodum nunc conſtitutiones promulgatæ poſt ſecundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

De bona fide poſſeſſis.

1. *Item per liberos homines & alienos ſervos, quos bona fide poſſidemus, acquiritur nobis, ſed tantùm ex duabus cauſis, id eſt, ſi quid ex operis ſuis, vel ex re noſtra acquirant.*

De ſervo fructuario, vel uſuario.

2. *Per eum quoque ſervum, in quo uſumfructum, vel uſum habemus, ſimiliter ex duabus iſtis cauſis nobis acquiritur.*

NOTÆ.

1. *Per liberos homines, &c.*] Vid. *ſup.* §. 4. *per quas perſ. cuiq. acq.*

2. *Vel uſum*] Abeſt à vetuſtis codicibus reſte Accurſ. & delendum. Conſtat enim ex operis ſervi, in quo nudum uſum habemus, non aliter nobis acquiri, quàm ſi operis ejus utamur in re noſtra. *l. 14. l. 16. §. 2. l. 20. de uſ. & habit.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui à nobis bona fide poſſidentur, ſive liberi ſint, ſive ſervi alieni; item per ſervos, in quibus uſumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur; cæterum duabus duntaxat ex cauſis, ex operis eorum, & ex re noſtra. Sed & hoc pluribus explicavimus *ſub §. de iis autem. 4. ſup. per quas perſ. cuiq. acq.*

Vel uſum] Has voces à vetuſtis quibuſdam codicibus abeſſe notat Accurſ. & probabiliter delebuntur. Nam ſanè uſuarius non idem jus habet quod fructuarius, ut ex utraque prædicta cauſa acquirat. Conſtat enim, ex operis ſervi, in quo nudum uſum habemus, nobis non aliter acquiri, quàm ſi operis ejus utamur in re noſtra, *l. per ſervum. 14. l. ſi ita. 16. §. 2. l. ſervus. 20. de uſu & habit.* vid. *ſup.* §. 3. *eod. tit.*

TEXTUS.

De ſervo communi.

3. *Communem ſervum pro dominica parte dominis acquirere certum eſt, excepto eo, quod nominatim uni ſtipulando, aut per traditionem accipiendo, illi ſoli acquirit; veluti cum ita ſtipulatur,* Titio domino meo dare ſpondes? *Sed ſi domini unius juſſu ſervus fuerit ſtipulatus, licet antea dubitabatur; tamen poſt noſtram deciſionem res ex-*

pe-

pedita eſt, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere juſſit, ut ſupra dictum eſt.

COMMENTARIUS.

SI ſervus communis ſit plurium dominorum, quibus & quatenus acquirat, diſces ex §. *ult. ſup. de ſtip. ſerv. & ibi notat.*

Poſt noſtram deciſionem] Eſt *l. ult. C. per quas perſ. nob. acq.* ubi veterum ſuper re propoſita controverſiam decidens ſic in ſumma cavet: Cùm unus ex dominis ſervum ſtipulari jubet, & is nominatim alteri domino ſtipulatur, ſiquidem is, qui juſſit ſervum ſtipulari, juſſit ſpecialiter, ut ſtipularetur ſibi, ſeu ſuo jubentis nomine, ſtatuit Juſtinianus, ut ſtipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc caſu plus valeat juſſio, quàm nominatio: ſin autem is, qui juſſit ſervum ſtipulari, ſimpliciter juſſit, hoc caſu vult obligationem acquiri nominato; ut hìc nominatio plus valeat, quàm generalis juſſio: cujus diſtinctionis meminiſſe debuerat Tribonianus. Quod ſi ſimpliciter ab uno ſtipulari juſſus, ſimpliciter quoque, id eſt, nullo dominorum nominato, ſtipulatus fuerit, hunc caſum apud veteres jus certum habuiſſe indicat, ut tunc ei ſoli acquiratur, qui juſſit.

TITULUS TRIGESIMUS.
QUIBUS MODIS TOLLITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 4. *Tit.* 2. 3. 4. *C. Lib.* 8. *Tit.* 42. 43. 44.

Continuatio. Quibus modis aut ipſo jure, aut per exceptionem tollatur obligatio?

EXplicatum hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodum nunc ſubjungitur, quomodo rectè ab initio conſtituta diſtrahatur, ejuſque nexu debitor liberetur, quamquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque, quæ ex delicto vel quaſi ex delicto naſcuntur, præceptum eſſet. Modi diſtrahendarum obligationum multi ſunt, quorum alii ipſo jure liberant, alii per exceptionem ſeu tuitione prætoris. Ipſo jure liberant ſolutio, acceptilatio, novatio, diſſenſus utriuſque partis interdum, obligationis confuſio, *l. ficus.* 75. *l. pen. de ſolut. l.* 7. *C. de pact.* debiti oblatio & conſignatio, *l.* 9. *C. de ſolut.* compenſatio, §. *in bonæ* 30. *inf. de act.* duarum cauſarum lucrativarum in eamdem rem & perſonam concurſus, *l. omnes.* 17. *de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, *l. ſi ex legati.* 23. *de verb. obl.* & ſi quæ ſunt generis ejuſdem. Per exceptionem liberamur teſtamento, pacto, ſententia, jurejurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib.* 4. *tit. de except.* Hic tantùm traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipſo jure, atque ex his dumtaxat hi quatuor maximè celebres, ſolutio, acceptilatio, novatio, mutuus conſenſus. Plerosque alios data occaſione alibi interpretati ſumus.

TEXTUS.

De ſolutione.

Tollitur autem omnis obligatio ſolutione ejus, quod debetur; vel ſi quis conſentiente creditore aliud pro alio ſolverit. Nec intereſt, quis ſolvat, utrum ipſe, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio ſolvente, ſive ſciente, ſive ignorante debitore, vel invito eo ſolutio fiat. Item ſi reus ſolverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, ſi fidejuſſor ſolverit: non enim ipſe ſolus liberatur, ſed etiam reus.

NOTÆ.

Quibus modis tollitur] Ipſo ſcilicet jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib.* 4. *tit. de except.*

Aliud pro alio] *l.* 17. *C. de ſolut.* Invito autem creditori aliud pro alio ſolvi non poteſt, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio ſolvere, arg. *l.* 1. *de cont. empt. l.* 65. §. 1. *de verb. obl.* Sen. 6. *de ben.* 5. *Pecuniam dicimur reddidiſſe, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.*

Vel invito eo] *l.* 23. *l.* 40. *l.* 53. *de ſolut.* quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *l.* 39. *de neg. geſt.*

COMMENTARIUS.

1 *Solutionis verbum quàm latè pateat, & quid in ſpecie denotet?*
2 *Aliud pro alio invito creditore ſolvi non poſſe: conſentiente autem poſſe. n.* 8.
3 *Quibus caſibus æſtimatio aut aliud pro re debita rectè præſtetur?*
4 *Ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur.*
5 *Confirmatur hæc ſententia adverſus opinionem Alciati, etiam partis ſolutionem invito creditore admittentis.*

Digitized by Google

6 *Reſpondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*

7 *Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando?*

9 *Licere unicuique pro debitore ſolvere, etiam ignorante & invito, ut ipſo jure liberetur; cum remotione contrariorum.*

10 *Quid ſi creditor ſolutionem ab alio oblatam recuſet accipere? Et quid ſi alius pro emphyteuta velit canonē ſolvere, quo is pœnam commiſſi evitet?*

11 *Fidejuſſore ſimpliciter ſolvente utrum reus ipſo jure liberetur, an per exceptionem?*

T*Ollitur omnis obligatio ſolutione*] Primus modus, quo ipſo jure obligatio tollitur, ex
1 quatuor hic propoſitis, eſt ſolutio. Solutionis verbum generale eſt & ſpeciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocumque modo factam pertinet, refertúrque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta eſt, præſtationem, quàm ad ipſius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, ſubſtantiam, *l. ſolutionis. 54. de ſolut.* junct. *l. liberationis. 47. l. ſolutionis. 176. de verb. ſign.* Specialiter autem accepta vox ſolutionis unum tantùm tollendæ obligationis modum denotat, naturalem ſcilicet, ſive realem, ut nunc loquuntur, præſtationem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac ſignificatione ſolutio ad rem debitam refertur, quæ cùm præſtatur, ſolvitur, id eſt, liberatur eo nexu, quo cum ipſo debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta ſejungitur ſolutio à ſatisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præſtationem liberatio contingit, *l. ſolutum. 49. l. ſatisfactio. 52. l. prout. 80. &c. de ſolut. l. 9. §. 3. de pign. act. l. 4. §. 3. de re judic.* & in hac ſpeciali ſignificatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *omnis obligatio*, id eſt, cujuſcumque ea ſit generis, aut quomodocumque contracta: quod non item in alias omnes ſpecies liberationis cadit.

2 *Ejus quod debetur*] Rectè *ejus, quod debetur*: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore ſolvi non poteſt, ut ſequatur liberatio, *l. 2. §. 1. de reb cred. l. eum. 16. C. de ſolut.* veluti ſi pro pecunia debita certa ſpecies obtrudatur creditori, vel pro ſpecie debita offeratur alia ſpecies aut ſpeciei debitæ æſtimatio: vel ſi factum pro facto ſolvatur, *l. qui res. 98. §. mihi. 6. de ſolut.* Nummi quidem in alia forma reddi poſſunt, niſi hoc damnoſum ſit creditori, *l. creditorem. 99. eod.* ſed hoc caſu non intelligitur aliud pro alio ſolvi. vid. *ſup.*
3 *not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt ſanè nonnulli caſus, quibus placet, debitorem poſſe æſtimationem pro re debita præſtare. Sed hi ſingulares ſunt: quippe in quibus neceſſitas hoc exprimit: veluti ſi res debita poſt moram periit, *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem, ſed aliena eſt, & eam dominus non vendit, *l. ſi domus. 71. §. 3. de legat. 1.* ſimilemque rationem habet ſpecies *l. non amplius. 26. §. 2. eod. tit.* Idem aliquando ſuadet & favor, ut in caſu *d. l. ſi domus. 71. §. 3. in fin.* At verò extra hujuſmodi caſus & cauſas aliud pro re debita diſſentiente creditore non rectè ſolvitur, niſi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in cauſa noxali: ex qua cùm ſolam damni æſtimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l. 6. §. 1. de re judic.* item in obligationibus faciendi: ubi ſi factum non eſt, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, ſed tamen debitor ante litem conteſtatam faciendo liberatur; quoniam hanc poteſtatem ab initio ex conventione accepit, *l. ſtipulationes. 72.* junct. *l. ſi inſulam. 84. de verb. oblig.* Ad hæc ſciendum eſt, ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod 4
debetur, utique ſi creditor deſideret: natura enim obligationis poſtulat, ut eodem modo, quo quæque contracta eſt, diſſolvatur, *l. prout. 80 de ſolut. l. nihil. 35. de reg. jur.* ac proinde non diſſolvitur, niſi res inde debita ita præſtetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem ſemel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non poteſt. Sed quoniam hanc ſententiam in dubium vocat & impugnat vir ſummi judicii & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam. 21. de rebus cred.* contendens, creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & adſtruamus. Ajo igitur, contra 5
quàm exiſtimat Alciatus, debitorem non poſſe partem rei debitæ ſolvere invito creditore. Quod hanc habet ſententiam, debitorem non poſſe partem debiti ita offerre, ut creditore recuſante accipere, poſſit eam partem offerre & obſignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, ſi qua interceſſit, purgetur, vel obſignatione pro parte, quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, ſi debitor ejus, quod totum ex aliqua cauſa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullùmque eſſe hujus oblationis effectum. Confirmat hanc ſententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæſito, quod reſpondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet, partium ſolutionem multa incommoda habere, & ideo damnoſam eſſe creditori. Jam verò conſtat, non poſſe cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quàm obligatio contracta eſt, ſi ex ea re damnum aliquod metuat, *l. creditorem. 99. de ſolut.* Conſentit auctoritas Modeſtini *l. tutor. 41. §. 1. de uſur.* ubi diſertè Juriſconſultus reſpondet, debitore ſolam partem debiti obſignante, non retardari totius debiti uſurarum præſtationem, niſi expreſsè cautum ſit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum eſt, ſolvere, ut in ſpecie *l. lecta. 40. de reb. cred.* Conſentit & illud, quod Impp. reſcribunt, *l. 9. C. de ſolut.* obſignatione totius debiti ſolemniter facta liberationem contingere. Poſtremo, ita jus eſſe commune, vel ex eo intelligitur, quod jure ſingulari favore

liber-

Digitized by Google

libertatis receptum eſt, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam ſervus pro libertate dare juſſus eſt, *l. 4. §. 6. de ſtatulib.* & quod in cauſis publicarum penſionum, quæ pro fundis patrimonialibus præſtantur, propria quoque conſideratione particularis ſolutio admiſſa, dum tribus quotannis vicibus totæ exſolvantur, *l. penult. C. de collat. fund. patrim lib.* 11. Non

6 adverſatur huic ſententiæ, quod ratio compenſationis pro parte obligationem tollit, *l. 5. C. de compenſ. l. 7. C. de ſolut.* Nam compenſatio auctoritate legum vim juſtæ ſolutionis habet, id eſt, ejus, quæ facta eſt, volente creditore, atque ipſo jure pro ſoluto eſt, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *l. 4. C. de compenſ. l. 4. l. 11. & ſeq. n°. eod.* Neque textus in *l. ult. quib. mod. pign. vel hyp. ſolv.* ibi enim agitur de debitore ex diverſis cauſis obligato, atque ex una earum ſolidum, quod debet, offerente: nos verò quærimus de uno debito & ex una cauſa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod ſcriptum eſt in fine §. 1. *h. t.* id quod debetur, pro parte rectè ſolvi: ſed bene vulgo hoc ſic accipitur, ſi creditor ad partis ſolutionem admittat: ut & illud, quod traditur *l. 1. §. 1. de verb. oblig.* quaſdam obligationes partium præſtationem recipere, nimirum natura ſua, ut pars rei in obligationem deductæ præſtari & à creditore accipi poſſit: ad differentiam earum, quæ natura diviſionem non admittunt, ad quas hæc diſputatio pertinere non poteſt. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipſe textus in *l. quidem. 21. de reb. cred.* quo præcipuè movetur, noſtram potius ſententiam juvat: nam cùm Juriſconſultus certum tantùm caſum proponar, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cùm debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus ſit judicio contendere, hoc ipſo ſatis ſignificat, regulam eſſe in contrarium. Eademque ſententia

7 eſt *l. 8. ſi pars hær. pet.* Illud in confeſſo, nec parte à volente creditore accepta ſemper pro ea parte debitorem liberari; ſed conditionem obligationis hic inſpiciendam eſſe. Si obligatio non ſolùm natura rei dividua eſt, ſed etiam conditione ſua, veluti ſi res una aut conjunctim plures, quæ diviſionem admittunt, promiſſæ ſunt, liberatio pro parte contingit: ſin minus, non niſi toto ſoluto, *l. 9. §. 1. l. ſi is cui. 94. princ. de ſolut. l. 2. §. 1. de verb. obl.* Conditione ſua diviſionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura ſua dividuas contineant hæ tres; obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet, debitorem partem rei ſolvendo pro ea parte non liberari, obſtante nimirum conditione obligationis. In ſtipulatione pœnæ hoc apertè efficit ipſa conditio, neque aliud ſine manifeſta injuria ſtipulatoris conſtitui poteſt, *l. 5. §. ult. de verb. obl.* add. *l. in executione. 85. eod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem eſt debitori unam aliquam rem ex promiſſis ſolvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire poſſet, *d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de ſolut.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem. 17. de accept. d. l. 2. §. 3. de verb. obl.* An quod in idem debetur, etiam ante diem rectè ſolvatur, dixi ſub §. 2. *ſup. de verb. obl.*

Conſentiente creditore] Creditore conſentiente 8 etiam res alia pro alia rectè ſolvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quàm ſi eadem res ſoluta eſſet, *l. manifeſti. 17. C. de ſolut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepiſſe ſatisfactum eſt. Satisfactio autem certo jure pro ſolutione cedit, *l. ſatisfactio. 52. de ſolut.* Enimverò ita demum hìc naſcitur liberatio, ſi res ſoluta in ſolidum accipientis fiat, ut avocari non poſſit: alioqui & manet priſtina obligatio & manet pro ſolido, etiamſi pars tantùm evicta fuerit, *l. ſi quis aliam. 46. eod. tit.* quod idem juris eſt in ſolutione ipſius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l. ſi rem meam. 20. l. cum quis. 38. §. 3. l. qui decem. 72. §. pen. eod.*

Nec intereſt quis ſolvat, &c.] Non tantùm debitor ipſe rectè ſolvit; ſed etiam alius pro eo, ut iſta ſolutione non minus liberetur, quàm ſi ipſe ſolviſſet, *l. manifeſti. 17. C. de ſolut.* Quin- 9
immo placet licere cuique pro debitore ſolvere etiam ignorante eo & invito, *l. ſolutione. 23. l. ſi pro. 40. l. ſolvere. 53. eod.* idque naturalis ſimul & civilis ratio ſuaſit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l. ſolvendo. 39. de neg. geſt. d. l. ſolvere. 53. de ſolut.* Neque obſtat, quod traditur in *l. invito. 69. de reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum eſt, quibus uti nemo cogitur, *l. pen. C. de pact.* Vel eo ſenſu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum. act. 3. ſcen. 2.*

Nullum beneficium
Eſſe duco, quod quoi facias, non placet.

Item illud Senecæ 2. *de benef.* 19. *Non eſt beneficium accipere cogi: Non eſt beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici Regis apud Caſſiod. *l. 5. epiſt. 39. Non eſt defenſio, quæ præſtatur invitis. Suſpectum eſt, quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non eſt beneficium, quod præſtatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adverſa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Planè ſi conſideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præſtatur nolenti & invito. Sic Seneca 5. *de benef.* 20. *Non eſt,* inquit, *dubium, quin beneficium ſit, etiam invito prodeſſe.* Idem *lib. 6. C. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima eſſe, quæ à parentibus accipimus; dum aut neſcimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio ſolvente] Et liberatur non

Digitized by Google

non ope exceptionis, ſed ipſo jure, perinde ac ſi ipſe ſolviſſet, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipſum etiam manifeſta ratio juris: nam cùm creditor accipit, quod eſt in obligatione, neceſſe eſt, eam extingui, ipſoque jure liberari debitorem. Nec adverſatur *l. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim caſus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hìc quæritur, longè diverſus ſcilicet cùm quis alii ſolvit, quàm cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil intereſt, ipſe ſolvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius ſolvat pro debitore ſciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus verò repetendi quod attinet, hoc intereſt, quod ejus, quod pro invito ſolvi, recuperandi cauſa nullam actionem habeam: quod ſolvi pro volente, repetere poſſim actione mandati: quod pro ignorante, actione negotiorum geſtorum, *l. 6. §. 2. l. ex mandato. 20. §. 1. l. ſi pro. 40. mand. l. ult. C. de neg. geſt.*

10. *Ignorante debitore vel invito*] Sed quid ſi creditor hoc caſu ſolutionem ab extraneo oblatam recuſet accipere, nonne audiendus erit? Minimè, quia nihil ejus intereſt, quis ſolvat: & quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcisè creditor accipere; nam nec ipſo quidem debitore offerente cogeretur: ſed quod debitor hìc facere poteſt, idem poteſt & extraneus, pecuniam ſcilicet oblatam obſignare & deponere, quæ obſignatio pro ſolutione cedit, *l. 9. C. de ſolut.* Planè ſi creditoris interſit ſolutionem ab alio oblatam non recipere, puto recuſante audiendum eſſe: & ideo, quod quidam exiſtimaverunt, etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commiſſi prodeſſe ſolutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obſtricto, factam, ſi forte ſolvens jus pignoris in re emphyteutica ſibi conſtitutum conſervare velit, (quippe quod reſoluto jure emphyteutæ & ipſum evaneſceret, *l. lex vectigali. 31. de pignor.*) *argum. l. 12. §. 2. verſ. non ſolum, de uſufr. & d. l. 31. de pignor.* ſimpliciter probandum non eſt; ſed tunc demum, ubi dominus ultro eam ſolutionem admiſit, nam ſi recuſet accipere, non dubito, quin id jure faciat: quoniam per ſolutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoſcitur dominus, ut oportet, ab ipſo emphyteuta, neque poteſt quiſquam conditionem alterius deteriorem facere, *l. ſolvendo. 39. de neg. geſt.* Ita ſentio cum D. Tuld. *comm. hic. c. 1.* Planè, ſi res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem ſolvit tamquam emphyteuta magis eſt, ut ſolutio vero emphyteutæ proſit. Adi Jaſ. *in l. 2. C. de jur. emph. col. 20. q. 25.* Tiraq. *de retract. gentil. §. 36. gloſſ. 2. num. 19.* add. D. Bachov. *lib. 5. de pign. c. 13. n. 3. & in Treutl. vol. 2. diſp. 29. theſ. 3.*

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejuſſores & mandatores. Sed & reliquæ acceſſiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. in omnibus. 43. de ſolut.* Ratio perſpicua eſt, quia ſublata re principali, etiam ea, quæ acceſſionis locum obtinent, intercidere neceſſe eſt.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque mo- 11
do reus liberatur ſolvente fidejuſſore, quo fidejuſſor ſolvente reo, hoc eſt ipſo itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. Interpretes vulgo id quidem admittunt, cùm fidejuſſor expreſsè ſe ſolvere dicit nomine rei: cæterum ſi ſolvat ſimpliciter, quaſi ſuo tum nomine ſolvere intelligatur, contendunt, reum ipſo jure obligatum manere, & defendi dumtaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor conſequatur, *arg. l. Papinianus. 28. mandat.* Ego verò cum Giphanio & Bachovio fidejuſſoris & mandatoris diverſam in propoſito cauſam arbitror. Nempe fidejuſſor ipſam obligationem rei principalis in ſe ſuſcipit, dum quod alius debet, fide ſua eſſe jubet: ac proinde ſi ſolvat fidejuſſor, ea ſolutio non poteſt non intelligi facta ejuſdem obligationis nomine, quam idcirco tolli neceſſe eſt, & reum quoque principalem ipſo jure liberari, ſecundum hunc textum. Ant. Fab. *C. ſuo defin. 17. de fidejuſſ.* Mandati verò alia ratio eſt: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui, verbi cauſa, meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque niſi ego expreſsè nomine Titii ſolvero, ratio ſuadet, ut Titius non liberetur ipſo jure: quoniam meo nomine ex cauſa mandati ſolviſſe intelligor; & ideo creditor adhuc actiones ſuas adverſus debitorem mihi præſtare & poteſt & debet, *d. l. 28. mandat. l. Stichum. 95. §. propen. de ſolut.* quod ſecus eſt, ſi ſolutio facta ſit à fidejuſſore, & in ſolvendo de cedendis actionibus nihil cautum, *l. fidejuſſoribus. 17. l. cum is. 36. l. ut fidejuſſor. 39. de fidejuſſ. l. Modeſtinus. 76. de ſolut. cum ſimilibus.* Vid. *ſup. §. ſi plures. 4. de fidejuſſ.*

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Eſt autem acceptilatio imaginaria ſolutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id ſi velit Titius remittere, poterit ſic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere:* Quod ego tibi promiſi, habeſne acceptum? *& Titius reſpondeat,* Habeo. *Sed & Græce poteſt acceptilatio fieri; dummodo ſic fiat, ut Latinis verbis ſolet:* Ἔχεις λαβὼν δηνάρια τινα; Ἔχω λαβών. *Quo genere (ut diximus) tantum eæ ſolvuntur obligationes, quæ ex verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ. Conſentaneum enim viſum eſt, verbis factam obligationem*

aliis

aliis poſſe verbis diſſolvi. Sed & id, quod alia ex cauſa debetur, poteſt in ſtipulationem deduci, & per acceptilationem diſſolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte rectè ſolvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri poteſt.

NOTÆ.

1. *Per acceptilationem*] Quæ eſt verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promiſſum eſt, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, reſpondet, ſe acceptum ferre. Definitio Modeſt. *l. 1. de accept.* obſcurior eſt.

Conſentaneum viſum eſt] *l. 80. de ſolut. l. 35. de reg. jur.* Planè ſi quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *l. 19. de accept.* Nam inutilis acceptilatio ſaltem vim pacti habet, *d. l. 8. pr.*

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur Modeſtiniana acceptilationis definitio.*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri rectè dici ſpeciem ſtipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria, & num. 7.*
5 *In forma acceptilationis quæ conſideranda?*
6 *Materia ſeu objectum.*

Etiam acceptilatione ipſo jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modeſtino eſt liberatio per mutuam interrogationem, qua utriuſque contingit ab eodem nexu abſolutio,
1 *l. 1. de accept.* Sed hæc Juriſconſulti definitio dura pleriſque & abſurda videtur; neque ſanè immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, ſed debitor dumtaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, ſed ſolus debitor, qui & ſolus obligatus eſt. Sunt, qui hanc definitionem Modeſtini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipiendam exiſtimant non de quavis acceptilatione, ſed de ea tantùm, quam præcedit novatio & ſtipulatio Aquiliana: quoniam hæc ſpecies ſola mutua interrogatione conſtet, in ſtipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in ſubſequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obſtare, quod diſtinctæ ſunt ſpecies, ſtipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo ſtipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ tam ſequitur, ſignificatur, *l. 5. l. 15. de tranſact. l. 3. C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præceſſit, ſtipulationem adſignificari. Cujac. *5. obſ. 36.* Hotom. *3. obſ. 18.* Cæterum probabilius meo quidem judicio dicemus, Juriſconſultum abuſivè mutuam interrogationem appellaſſe, quæ in ſe quidem una eſt, ſed mutuam habet & ſubſequentem reſponſionem, tamquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorſu tractationis de acceptilatione propoſita, ad utramque ſpeciem referatur & tam ſimplicem, quàm eam, quæ fit præpoſita ſtipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modeſtinus ait, per acceptilationem contingere utriuſque ab eodem nexu abſolutionem, id non paſſivè in perſona utriuſque accipi debet, ſed paſſivè in perſona debitoris, activè in perſona creditoris; ut hæc ſit ſententia, acceptilatio eſt liberatio, qua debitor abſolvitur, & creditor abſolvit, ab eodem nexu, quo debitor nectitur, & creditor nectit. Plena & magis 2
perſpicua definitio hæc eſt, Acceptilatio eſt verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promiſſum eſt, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, reſpondet, ſeſe acceptum ferre liberandi ejus cauſa. Eſt verborum conceptio, quoniam verbis tranſigitur; id eſt, interrogatione & reſponſione, certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l. 1. C. de accept.* qualia veteribus promiſcuè uſurpata ſunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere, l. 6. l. 7. l. 13. §. 1. & deinceps, §§. & ll. ſeqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo conſenſu; fieri autem ac liberare ſine ſolutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, niſi pecunia verè ſoluta ſit, *l. ſi accepto. 19. §. 1. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc ſtipulationem, quæ quidem & ipſa verborum conceptio eſt, ſed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio 3
nonnullos acceptilationem ſpeciem facere ſtipulationis: quibus ſtipulatio duplex eſt, una obligatoria, altera liberatoria. (D Tuld. diſſolutoriam vocat) arg. *l. ſi unus. 27. §. 2. de pact.* Sed neque verum uſui, neque fini ſtipulationis, neque notationi verbi convenit, diſtractum nomine ſtipulationis appellare: & verba hæc Juriſconſulti in *d. l. 27. §. 2. Sicut tollitur ſtipulatio per ſtipulationem*, non ſunt accipienda de acceptilatione, ſed de ſtipulatione novandi cauſa interpoſita. Addit enim, *Si hoc actum eſt.* Quæ verba auctores noſtri uſurpare ſolent, cùm de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & paſſ. de novat.* ita & D. Cujac. in *d. l. 27. §. 2. de pact.* VINN. Sed ego nihil cauſſæ video, cur acceptilatio ſtipulatio dici nequeat, ſive finem, ſive originem, ſive formam ſpectes, rectè hoc nomen feret. Finis eſt, ut caveamus nobis, vel ut ſecuriores ſimus de promiſſione alterius, *l. 1. §. 4. ff. de ſtip. prat.* Hic verò alter nobis promittit liberationem, & ut de ea ſecuriores ſimus ſolemni interrogatione utimur. Origo vocis ſtipulatio à *ſtipulo*, id eſt, firmo non abludit à fine accepti-

ptilationis: nec forma hìc alia quàm in ſtipulatione, nempe interrogatio, quæ ita eſſentiam ſtipulationis abſolvit, ut veteribus ſtipulatio interrogationis nomine veniat. Sanè in Gloſſariis vetuſtis ideo vocatur ἐπερώτησις vel ὁμολογία ἡ ἀπὸ ἐρωτήσεως. Adde Sen. *de Benef. lib. III. c. 15.* Admodum dilutum eſt, quod ſtipulatio ad obligandum non ad liberandum ſit comparata. Quaſi enim, qui liberationem promittit, non ſeſe obliget ad non petendum. Et quomodo dici poteſt per acceptilationem eodem modo obligationem diſſolvi, quo contrahebatur, ſi ſtipulatione non diſſolvitur? HEIN.

4 *Imaginaria ſolutio*] Solutio naturaliter obligationem reſolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de ſolut.* nam in ſolutione debitor aliquid re ipſa & actu præſtat, in acceptilatione nihil: ſed tamen quaſi præſtiterit liberatur, & acceptilatio ſolutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem ſolutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quaſi ſibi ſolutum eſſet: unde acceptilatio exemplo ſolutionis liberare dicitur, *l. 5. de accept.* & veluti ſolviſſe videri, cui accepto latum eſt, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad poteſtatem liberandi. Etenim in ſolutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo poteſtate creditoris in eo utatur, quàm ipſe creditor debitorem liberat, *l. 12. l. 14. §. 1. de ſolut.* & contra debitor liberatur, non modo ſi ipſe ſolvat, ſed etiam ſi quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* At verò acceptilatione nemo debitorem liberare poteſt, præterquam ipſe creditor, nemo liberari, niſi ipſe debitor per ſe: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interpoſito ſpeciali mandato, liberentur aut liberent, *l. 13. §. tutor. 10. l. pen. de accept.* quoniam ſcilicet actus legitimi ſolemnitas per alium peragi non poteſt, *l. nemo. 123.* junct. *l. actus. 77. de reg. jur.* Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur, adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator ſpeciale mandatum habens, domini obligationem novatione in ſe transferant, translatamque deinde ſuo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. tutor. 10.* & cave aliud colligas ex *l. 3. eod.* Cujac. *15. obſ. 16.*

5 *Græcè poteſt fieri*] Forma acceptilationis eſt illa, quam ſupra expoſui, verborum conceptio, ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire neceſſe eſt, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus dumtaxat & legitimis verbis, ac proinde non niſi Latinis explicari potuit: ſed poſtquam utilitatis cauſa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus rectè interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi poſſet etiam peregrina lingua. Quod ſignificat Ulpianus *l. 8. §. ult. de accept.* ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium ſit acceptilatio*, id eſt, ut etiam ii, qui cives non ſunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, *& ideo puto*, inquit, *& Græcè poſſe acceptum fieri*, ducens hoc conſequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubiè exemplo ſtipulationis inductum, quæ & ipſa antea Latinis tantùm verbis concipiebatur: ſed uſu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id eſt, quavis alia, quàm Latina, fieri poſſet, dummodo ſenſus congrueret, & uterque vel per ſe vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. ſup. eod.* In forma acceptilationis illud obſervandum, ne concipiatur in diem aut ſub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo ſolutionis liberare ſolet, *l. 4. & l. 5. de accept.* & actus eſt legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus. 77. de reg. jur.* Planè quod in diem aut ſub conditione debetur, purè acceptum ferri poteſt, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacitè inſint, ac proinde non prius valeat, quàm ſi conditio extiterit, aut dies venerit. Sed novum non eſt, ut ea non expreſſa non noceant, quæ apertè comprehenſa vitium afferunt, *l. 12. de accept. d. l. actus. 77. de reg. jur. l. expreſſa. 195. eod.* Eleganter hæc explicat D. Briſſonius *lib. 2. de ſolut. tit. de acceptil.*

Quæ verbis conſiſtunt, non etiam cæteræ] Materia ſive res, quæ in acceptilationem deduci poteſt, eſt debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum eſſe oportet, quod acceptum rogatur & fertur: ſi aliud, quàm quod debetur & revera eſt in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis eſt, nec inde liberatio naſcitur, *l. 6. in fin. l. 13. §. 2. §. eum qui. 5. eod.* & hoc eſt, quod definitur in *l. 14. eod.* niſi conſentiat acceptilatio cum obligatione, & niſi verum ſit, quod in acceptilatione demonſtratur, imperfectam eſſe liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio ſeu liberatio applicetur: de quo vid. D. Joan. Vvameſ. *cent. 1. conſ. 73. n. 13.* Præter debitum autem ſi quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, ſed adjectum nullius eſt momenti, *l. 15. eod.* Secundo id debitum ſolùm acceptilatione perimi poteſt, quod verbis contractum eſt, non alia obligatio: ſiquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque diſſolvi, quo colligatum eſt: & ideo cùm acceptilatio verbis conficiatur, conſentaneum, ſolas verborum obligationes acceptilatione poſſe tolli, *l. 8. § 3. eod. l. nihil. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de ſolut.* Planè ſi, quod ex alia obligatione debetur, accepto latum fuerit, etſi hoc debitori ipſo jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione ſe tueri poterit. *l. ſi acceptilatio. 19. de accept.* nam inutilem acceptilationem ſaltem vim

Digitized by Google

vim pacti habere placuit, niſi quid aliud impediat, *l. 8. pr. eod.*

Quod ex alia cauſa debetur, poteſt in ſtipulationem deduci] Etſi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeunt, obliquè tamen poſſunt, remedio novationis & ſtipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis conſtans, mox verbis itidem diſſolvatur; de quo mox plura.

Pro parte rectè ſolvitur] Intellige, conſentiente creditore: qua de re abunde dictum in exegeſi *pr. hujus tit.*

7 *Pro parte debitè acceptilatio fieri*] Dum debitum ſit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil intereſt, *l. 9. l. 10. l. 13. §. 2. de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione ſua diviſionem non admittat, *l. qui hominem. 17. eodem.* quod in ſolutione contra eſt, *l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 9. §. 1. de ſolut.* diſcriminis rationem ſuperius indicavi. Illud monere planè ſupervacuum eſt, ſi res in ſtipulationem deducta natura ſua diviſionem non recipiat, veluti ſervitus prædii, acceptilationem in partem nullius eſſe momenti, *d. l. 13. §. 1. de acceptil.*

TEXTUS.

De Aquiliana ſtipulatione acceptilatione.

2. ***Eſt autem prodita ſtipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in ſtipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita compoſita eſt:*** Quicquid te mihi ex quacunque cauſa dare facere oportet oportebitve, præſens in diemve: aut ſub conditione: quarumcumque rerum mihi te cum actio eſt, quæve adverſus te petitio, vel adverſus te perſecutio eſt eritve; quodve tu meum habes, tenes, poſſides, dolove malo feciſti, quo minus poſſideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari ſtipulatus eſt Aulus Agerius, ſpopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio ſpopondit, id haberetne à ſe acceptum Numerius Nigidius Aulum Augerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIUS.

C. Aquilius Gallus homo Juriſconſultiſſimus, cujus in formulis concipiendis ſingularis quædam prudentia extitit, ut conſtat ex ea de dolo malo, quam Cicero *lib. 3. de Nat. cap. 30.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de poſthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede inſtituendo, *l. Gallus. 29. de lib. & poſth.* ſtipulationum formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ eſſent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ ſtipulatio ab auctore ſuo Aquiliana dicta eſt.

Renovat omnes obligationes] Et ſic via eſt acceptationi, per quam uſus acceptilationis, per ſe alioqui anguſtus, & intra verborum obligationes conſiſtens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim uſus fuit in tranſactionibus, *l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de tranſact. l. 3. l. 4. C. eod.* Apud nos autem ſupervacua eſt; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, ſtipulationum ſolemnitas exolevit, pactaque nuda eamdem vim habeant, quam ſtipulatio.

Ita compoſita eſt] Exhibetur hic ex Florentino *l. 18. §. 1. hoc tit.* formula ſtipulationis novantis, uti ab Aquilio concepta eſt: ſic autem eſt concepta, ut nobis præbeat certiſſimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omiſſum videretur, multa ex abundanti ſunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacumque cauſa] Cauſa negotium ſignificat & obligationem, latiuſque patet contractu: nam & ad eas obligationum ſpecies pertinet, quæ ex maleficio vel quaſi ex maleficio proficiſcuntur, *l. 9. de reb. cred.*

Dare facere] Sine conjunctione hæc proferri ſolent, ut pleraque alia, veluti *uti frui*, *ire agere*, *dare legare* &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo conſiſtere.

Oportet, oportebitve, præſens, in diemve, aut ſub conditione] Verbo *oportet* præſens tantùm debitum demonſtratur, *l. ſtipulatus. 76 §. 1. de verb. obl.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut ſub conditione debetur: utrumque enim comprehendit, *l. 8. de verb. ſign.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui poteſt vel pluris vel minoris condemnare, ſed ad veritatem refertur, *l. 37. de verb. ſign.*

Tecum actio, petitio, perſecutio] Actio in perſonam eſt, petitio in rem, perſecutio ad extraordinarias magiſtratuum cognitiones pertinet, *l. pecuniæ. 178. §. 2. de verb. ſign.* Senſus ergo eſt, quicquid actione in perſonam conſequi, vel vindicare, vel magiſtratu cognoſcente extra ordinem perſequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex ſuperioribus enim ſatis intelligi poterant, cùm ſuum cujuſque ſit, cujus vindicandi jus habet, *l. Quintus. 27. §. 2. de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, poſſides,] Tenere ad factum refert, poſſidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominii & jure poſſeſſionis & mera detentione, *l. habere. 188. de verb. ſign. l. ſtipulatio.*

Digitized by Google

latio. 38. §. *hæc quoque.* 7. & 2. *ſeqq. de verb. obl.* quamquam hæc diſtinctio non eſt perpetua.

Dolove malo feciſti, &c.] Dolus enim pro poſſeſſione eſt, ſemperque poſſidere intelligitur, qui dolo fecit, quominus poſſideat, *l. parem.* 150. *l. ad ea.* 157. §. 1. *de reg. jur.* Cætera per ſe ſatis plana ſunt. Vinn. Adjiciemus tamen & de verbis ſequentibus nonnulla. Verba, *quanti quæque earum rerum res erit*, ad reales actiones ſpectant, in quas non minus quàm in perſonales hanc ſtipulationem conceptam fuiſſe jam Vinnius obſervavit. Quum itaque quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri nequeat, adeoque rem noſtram ſtipulari nobis non poſſimus; §. 2. *Inſt. de inut. ſtipul. l.* 82. *ff. de V. O.* callide Aquilius æſtimationem pro re ſtipulari nos juſſit. Vocabula denique Aulus Agerius & Numerius, (vel ut apud *Pariat. LL. Mos. & Rom. tit.* 2. §. 6. legitur, Numidius) Nigidius in formulis uſitatiſſima fuiſſe, illoque actorem, hoc reum ſignificari conſuevilſe, jam ad locum illum Pariatoris notavit vir eximius Petr. Pithœus. Hein.

Textus.

De novatione.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio; veluti ſi id, quod tibi Sejus debebat, à Titio ſtipulatus ſis. Nam interventu novæ perſonæ nova naſcitur obligatio, & prima tollitur, translata in poſteriorem: adeo ut interdum, licet poſterior ſtipulatio inutilis ſit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti ſi id, quod tu Titio debes, à pupillo ſine tutoris auctoritate ſtipulatus fuerit. Quo caſu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & poſterior obligatio nulla eſt. Non idem juris eſt, ſi à ſervo quis fuerit ſtipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac ſi poſtea nullus ſtipulatus fuiſſet. Sed ſi in eadem perſona ſit, à qua poſtea ſtipuleris, ita demum novatio fit, ſi quid in poſteriore ſtipulatione novi ſit, forte ſi conditio aut dies aut fidejuſſor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, ſi conditio adjiciatur, novationem fieri, ſic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, ſi conditio extiterit: alioqui ſi defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres conſtabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in ſecundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quaſdam de hoc præſumptiones alii in aliis caſibus introducebant, ideo noſtra proceſſit conſtitutio, quæ apertiſſimè definivit, tunc ſolum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipſum inter contrahentes expreſſum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere priſtinam obligationem, & ſecundam ei accedere, ut maneat ex utraque cauſa obligatio, ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, quam licet ex ipſius lectione apertius cognoſcere.*

Notæ.

3. *Novatione tollitur obligatio*] Sed ita, ut in locum ſublatæ nova ſubſtituatur, *l.* 1. *de novat.* Fit autem hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. & *paſſ. eodem.*

Inutilis ſit] Non ratione formæ, ſed effectus, ut exemplum ſubjectum declarat. Eadem ratione ſi expromiſſor non ſit ſolvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in caſu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l.* 26. §. 2. *mand.*

Commentarius.

2 In novatione quæ neceſſaria, & an aliter, quàm per ſtipulationem præcedens obligatio novetur;
2 Veræ novationis effectus.
3 Quot modis novatio fiat? ubi & de delegatione.
4 De novatione, quæ fit per litis conteſtationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria?
5 Quis effectus, ſi quis quod alius debet, à pupillo ſtipuletur ſine tutoris auctoritate: & cur diverſum ſi à ſervo?
6 Si ab eodem debitore quis ſtipuletur, quando novatio fieri intelligatur?
7 Quid novi juris à Juſtiniano conſtitutum circa novationem? ubi multa notabilia.

Novatione quoque ipſo jure obligatio tollitur: ſed ita, ut in locum ſublatæ alia nova ſubſtituatur: eſt enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem converſio, *l.* 1. *de novat.* Fit hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. 6. 7. *l.* 11. & *paſſ. eod. l.* 1. *l.* 3. *l.* 7. *l. ult. C. eod. l.* 6. *C. ſi cert. pet.* Ac
proinde in novatione hæc ſunt neceſſaria; ob- 1
ligatio vetus, obligatio nova, & ſtipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiſcumque eſt, aut quomodocumque contracta, verbis novari poteſt, *l.* 1. *l.* 2. *de novat.* nec metuendum hic eſt, ne obſtet regula juris de diſſolvendis obligationibus, *l. nihil* 35. *de reg. jur.* Nam in novatione ſolutio quædam eſt, & quaſi naturalis præſtatio, *l.* 8. §. 3. *ff. ad SC. Vell.* qualis eſt, cùm pro eo, quod debetur, præſtatur aliud volenti creditori, *l.* 17. *C. de ſolut.* Nova quæ conſtituitur obligatio, utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil intereſt, *d. l.* 1. *in fin.*

Digitized by Google

fin. de novat. de quo pluſcula in explicatione
textus. Stipulationem cùm exigimus, hoc ſigni-
ficamus, ſola ſtipulatione præcedentes obliga-
tiones novari, non etiam nudis pactis, ac ne
contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex
memoratis textibus apparet, & bene poſt alios
defendit Gœdd. *de contr. ſtip. c. 5. concl.* 8. *n.* 90.
& ſeqq. adverſus Bartolum in *d. l.* 1. in con-
trarium adducentem *l. ſi mandatu.* 45. *§. ult. mand.*
Tantùm in contractibus, quæ ſolo conſenſu
perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus conſen-
ſus contractum diſſolvat, & alium ejuſdem ge-
neris conſtituat, *l. 7. §. adeo. 6. de pact. l. pa-
cta. 72. de contr. empt.* Hodie ſanè etiam ſim-
plicibus pactis novationes fieri ſolent, adeoque
frequentius quam per ſtipulationem, utpote
cujus ſolemnitas pænè exolevit, ut poſt DD.
in *l. ſingularia. 15. de reb. cred.* tradunt Vve-
ſemb. *hic.* Gudelin. *lib. 3. de jur. noviſſ. c.* 12.
Præter hæc & animus novandi exigitur: nec
enim aliter fit novatio, quàm ſi hoc agatur,
ut prior obligatio novetur, *l. 2. in fin. l. 6. l. 8.
§. 2. & ult. l. 28. de novat. l. 3. C. eod.* de quo
2 item fuſius poſtea. Effectus novationis eſt, ut
nova obligatione conſtituta prior perimatur,
d. l. 1. eod. quæ res facit, ut etiam incommoda
omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, ſimul
evaneſcant: qualia ſunt hæc: mora facta, pe-
riculum interitus rei debitæ, pœna veteri obli-
gatione promiſſa, uſuræ ex eadem cauſa debi-
tæ, privilegium, quod prioris actionis fuit, pi-
gnora denique & fidejuſſores, *l. 8. l. ſi creditor.
15. l. novatione. 18. l. emptor. 27. l. aliam. 29.
de novat. l. in omnibus. 43. de ſolut.* Planè ſi pi-
gnora prioris obligationis in novatione repetita
fuerint, placet, creditori manere ordinem &
prærogativam temporis, ut in his præferatur
poſteriori creditori, id eſt, cui eadem pignora
poſtea licet ante novationem obligata ſunt, *l. 3.
qui pot. in pign.* & ibi Barr. Mynſ. 1. *obſ.* 59.
3 Gail. 2. *obſ.* 30. *num.* 10. Poteſt autem novatio
dupliciter fieri, vel manente eodem debitore,
vel perſona debitoris mutata: priore caſu novi
aliquid adjici debet, ut novatio facta intelliga-
tur, *hoc text. verſ. Sed ſi eadem perſona.* Poſte-
riore novatio fit, quoties liberato priore debi-
tore, alius, qui expromiſſor appellari ſolet,
ut notatum ſub *titul. de fideiuſſ.* locum ejus ſu-
bit; veluti ſi Titius novationis cauſa promittat
Sempronio, quod ei Sejus debet: ſive id ſua
ſponte Titius faciat, & vel ignorante vel no-
lente debitore, *l. 8. in fin. de novat.* ſive debi-
toris mandatu, quæ ſpecies novationis delega-
tio dicitur per metonymiam cauſæ, ſiquidem
delegare hic eſt vice ſua alium reum dare cre-
ditori, *l. 11. eod.* quæ delegatio inter delegan-
tem quidem & delegatum nudo conſenſu fit,
l. delegare. 17. eod. ſed non perficitur, id eſt,
novatio debiti non fit, niſi ſtipulanti creditori
is, qui delegatus eſt, promiſerit, *l. 1. C. eod.*
Gail. 2. *obſ.* 30. *n.* 8. Chriſtin. *vol. 4. dec.* 180.
n. 4. & 5. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 8. Porro

ſciendum eſt, agi hoc loco de novatione, cui 4
hoc nomen per excellentiam & abſolutè tribui-
tur. Eſt verò præter hanc, quæ ſtipulatione fit,
& alia, quam inducit litis conteſtatio, *d. l. 11.
§. 1. l. aliam. 29. eod. l. 3. C. de uſur. rei jud.*
nam & judicio contrahitur, & velut nova in-
ducitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem ſcribit.
11. de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente
eodem reo, puta ſi ille ipſe litem conteſtetur
& ſuo nomine ſuſcipiat, vel perſonæ rei muta-
ta, ſi alius pro reo judicium accipiat, ſive man-
datu illius, quæ ſpecies eſt delegationis, *d.
l. 11. §. 1. de novat.* ſive reo ignorante aut et-
iam nolente, *l. ſolutione. 23. de ſolut.* Cæterum
hæc ſpecies novationis ſuperiori longè diſſimilis
eſt, & ſecundum quid tantùm dicitur novatio
fieri per litis conteſtationem, quatenus ſcilicet
actio in judicium deducta novas quaſdam aſſu-
mit qualitates; veluti quod quæ tempore aut
morte peritura fuiſſet, judicio incluſa ſalva ma-
net, & ad hæredes tranſmittitur, *l. omnes. 26.
de obl. & act. §. 1. inſ. de perp. & temp. act.*
& quia reo condemnato nova accedit actio ju-
dicati, priore multo utilior, *l. poſt rem. 56. de
re jud. l. 4. C. de uſur. rei jud.* At enim verò per
litis conteſtationem vel ſententiam vetus actio
non conſumitur: per *text. in l. fideiuſſores. 41.
§. 1. de fidejuſſ. l. qui ſervum. 20. de interr. in
jur. l. 2. C. de judic. arg. l. qui juraſſe. 26. §. ult.
l. 27. l. 28. §. 1. de jurejur.* junct. *l. eum qui. 30.
in pr. eod.* junct. *l. 2. eod. l. 8. C. de reb. cred. &
d. l. poſt rem. 56. de re jud.* Et hinc eſt, quod
commoda quoque prioris actionis creditori ſal-
va manent, *l. 8. §. 3. de fidejuſſ. l. 13. §. 4. de
pign. l. aliam. 29. de novat. fac. l. non ſolet. 85.
& ſeq. de reg. jur.* Chriſtin. *vol. 4 deciſ.* 180.
num. 2. Interpretes vulgo has novationis ſpe-
cies ſic diſtinguunt, ut eam, quæ per ſtipula-
tionem fit, voluntariam appellent, quæ judicio
accepto, neceſſariam: cujus diſtinctionis fun-
damentum eſt in *d. l. aliam. 29. de novat.*

Interventu novæ perſonæ] Non quæ alienæ ob-
ligationi accedat adpromittendo; ſed quæ alie-
nam obligationem in ſe transferat expromitten-
do. Per adſtipulationem & adpromiſſionem fide-
juſſor intervenit; novatio per exſtipulationem
& expromiſſionem: unde per hanc prior obli-
gatio extingitur.

Licet poſterior ſtipulatio inutilis] Non ratione
formæ, ſed effectu, ut exemplum ſubjectum
declarat. Similiter etſi expromiſſor non ſit ſol-
vendo, præcedens tamen obligatio tollitur, et-
iam in caſu delegationis: quoniam, ut ait Pau-
lus, bonum nomen promiſſoris feciſſe videtur
creditor, qui admiſit debitorem delegatum,
l. inter. 6. §. . mand.

A pupillo ſine tutoris auctoritate] Pupillum 5
ſine tutoris auctoritate contrahentem non obli-
gari jure civili, niſi in quantum factus eſt lo-
cupletior, conſtat, *l. 5. & 9. de auct. tut.* At-
tamen ſi ejus ætatis ſit, ut intelligat quod agi-
tur, naturaliter ſaltem obligatur, ut demon-
ſtra-

Digitized by Google

ſtravimus *ſup. ad §. pupillus. 9. de inut. ſtip.* & ideo quod huic conſequens eſt, ſi pupillus ſine tutoris auctoritate, quod alius debet, ſtipulanti creditori novandi animo promiſerit, prior obligatio jure novationis tollitur tranſlata in poſteriorem naturalem: quippe ſufficit ad novationem, quod poſterior obligatio vel naturaliter teneat, *l. 1. in pr. & §. 1. de novat.* Neque eſt contrarium, quod Paul. ſcribit in *l. novare. 20. §. 1. eod.* pupillum ſine tutoris auctoritate non poſſe novare: neque enim hoc nos dicimus, poſſe pupillum, quod ſibi ex aliqua cauſa debetur, in aliam obligationem abſque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem ſuam facere deteriorem, quod negat Paul. *d. loc.* ſed hoc, pupillo ſine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur: quamvis ſequens pupilli obligatio creditori inutilis ſit, quia ad agendum inefficax: nimirum ſibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum tranſtulerit, quem ſciebat, aut ſcire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quàm interpoſita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio. 19. de reg. jur.*

Et poſterior obligatio nulla eſt] Non ſimpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l. 1. in fin. de novat.* ſed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere poſſint: qualia ſunt, jus compenſandi, ſoluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus ſine auctoritate tutoris promiſit, ne natura quidem deberi interdum dicitur, *l. quod pupillus. 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re uberius ſub *§. pupillus. 9. de inut. ſtip.* Quod ſi nulla hìc ſuccederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, ſed prior obligatio maneret in ſuo ſtatu, *d. l. 1. per tot.*

Non idem juris eſt, ſi à ſervo] Non quia ſervus ex contractu ſuo, ſi conſenſum ſpectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14. de obl. & act.* ſed quia jure civili non eſt idoneus expromiſſor, & omnino novationis, extra cauſam peculiarem, incapax, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam cauſæ, quas jus civile ita in ſervo improbat, ut ſi cum eo intervenerint, ne interveniſſe quidem videantur: ac proinde nec dominum obligent de peculio, & de pecunia ex his cauſis ſoluta repeti poſſit: cujuſmodi ſunt, ſi ſervus pro libero ſe gerens judicio conventus & condemnatus ſit; ſi in arbitrium compromiſerit; *l. 3. §. ſi ſervus. 8. de pecul.* ſi cùm conveniretur, jusjurandum adverſario detulerit; *l. 5. §. 2. d. tit.* ſi pro alio fidejuſſerit rem peculiarem non gerens; *l. 3. §. ſi filiusfam. 5. eod. tit. l. ſervus. 29. & ſeq. de fidejuſſ.* & denique ſi expromiſerit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in perſona. 30 §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quin etiam quibuſdam viſum eſt, nec peculiarem obligationem ſervum novare poſſe, extra quam ſi liberam habeat peculii adminiſtrationem, ac ne tunc quidem expromiſsorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ ſententia probari videtur *l. ult. de novat.* junct. *l. ſervus. 16. eod. l. fugitivus. 19. de ſolut.* & facit. *l. ſervus. 20. cum l. ſeq. de jurejurand.*

Si eadem perſona ſit, à quo poſtea ſtipuleris &c.] 6
Sententia hujus loci hæc eſſe videtur, ſi idem debitor ſit, à quo poſtea ſtipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quàm ſi poſteriore ſtipulatione aliquid novi comprehenſum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejuſsor adjectus, detractusve. Nam neque ſi alia perſona intervenerit, hoc deſideratur, neque ſi debitum prius ex alia cauſa deſcendat; quantumvis cum eodem debitore ſtipulatio poſtea ſit, modo animus novandi adſit. Neque enim dubito, quin ſi decem à te ſtipulatus ſim, quæ mihi verbi gratia ex cauſa mutui debebas, & tu promiſeris, obligatio ex numeratione nata novetur, & transferatur in obligationem verborum: utique ſi de jure veteri quæratur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis cauſa non tantùm purè, verùm etiam ſub conditione aut in diem concipi poteſt. Poteſt & quod ſub conditione aut in diem debetur, purè novandi cauſa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties. 14. per tot. l. novatio. 24. l. ſi rem. 31. de novat. l. Julian. 60. §. 1. de cond. ind.* Latè & eleganter D. Briſsonius *lib. 2. de ſolut. tit. de nov.*

Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id eſt, nulla intelligebatur novatio fieri, niſi id actum eſset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. fundum. 28. de novat. l. 3. C. eod.*
Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in ſecundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præſumptiones: ſi nihil erat, ex quo animus novandi colligi poſset, expreſſam requirebant conventionem, *l. ſi uſumfructum. 58. de verb. oblig.* vid. D. Ant. Fab. *3. conj. 3.* Juſtinian. verò, ut materiam litium præcideret, in univerſum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quàm ſi hoc ipſum inter contrahentes expreſsum fuerit, ſe novandi animo & prioris obligationis tollendæ cauſa poſteriorem interponere: alioqui & manere priſtinam obligationem, & ſecundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ eſt illa conſtitutio, cujus hìc meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum cenſent, ut ex conjecturis urgentibus & manifeſtis novatio inducatur, utique ſi non ipſo jure, ſaltem per exceptionem: eaque ſententia, licet verba conſtitutionis refragari videantur, multis in locis rece-

Digitized by Google

recepta eſt, ut rationi conſentanea. Quid enim ſi poſterior obligatio quædam repugnantia elidat priorem? & potius eſt, ut dicamus, Juſtinianum eas dumtaxat conjecturas tollere voluiſſe, quas in univerſum veteres conſtituerant: quod genus ſæpe fallit. Vid. Gail. 2. *obſ.* 30. *n.* 1. *& ſeqq* Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 180. *num.* 9. *& ſeqq.* Tulden. *Comm. hic. cap.* 7. ubi etiam teſtatur, legem illam Juſtiniani in Gallia uſu abrogatam eſſe. Bartolus quoque in *l. delegare.* 11. *de novat.* exiſtimat, eam non pertinere ad delegationem: quem ſequuntur Zaſ. *in l.* 15. *n.* 11. *de reb. cred.* Gail. *d. loc. n.* 9. Vveſemb. *parat. de novat. n.* 8. *Curia Holland. deciſ.* 38. Et ſanè illa legis verba, *vel aliam perſonam adhibuerit, vel mutaverit*, commodè de perſona fidejuſſoris explicari poſſunt, add. Bachov. *ad Treutl. vol.* 2. *diſp.* 29. *theſ.* 6.

Ut maneat ex utraque cauſa obligatio] Sicut jure veteri obligationes cenſebantur, *l.* 2. *in fin. de novat.* Cujus rei hic effectus eſt, quod creditor ex utraque obligatione agere poſſit; & quod in una deeſt, per aliam ſuppleatur: item quod etſi poſteriori obligationi adjecti ſint novi fidejuſſores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. Gail. *d. loc. n.* 5. *&* 6. Planè ſi ex una obligatione ſolutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia ſunt obligationes unius rei, *l.* 8. *§. ult. de novat.*

TEXTUS.

De contrario conſenſu.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ conſenſu contrahuntur, contraria voluntate diſſolvuntur. Nam ſi Titius & Sejus inter ſe conſenſerint, ut fundum Tuſculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum ſequuta (id eſt, neque pretio ſoluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut diſcederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem eſt in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex conſenſu deſcendunt, ſicut jam dictum eſt.*

NOTÆ.

4. *Re nondum ſecuta*] Id eſt, ſi nihil dum præſtitum ſit eorum, quæ ex contractu præſtari debent: neque enim ut retro tradatur, quod jam datum eſt, nudo pacto obligatio conſtitui poteſt, *d. l.* 58. *in fin. de pact.* Vide *infr. comment.*

COMMENTARIUS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipſo jure tolli nudo conſenſu.*

2 *Eodem modo re integra tolli & civiles nudi conſenſus, & honorariam pignoris.*

Vinnius in Inſtitut.

QUædam obligationes ipſo jure diſſolvuntur 1
ſolo & nudo partium conſenſu. Quo in genere eſt omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ ſolo conſenſu conſtant. De naturali obligatione traditum eſt, eam juſto pacto ipſo jure tolli, *l. Stichum.* 95. *§. naturalis.* 4. *de ſolut.* quod nihil aliud eſt, quàm tolli nudo conſenſu. Juſtum enim pactum, ſicuti juſtam conventionem dicimus, quod æquum eſt, atque honeſtum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. tale pactum.* 40. *§.* 1. *l. epiſtola.* 52. *§.* 2. *de pact.* Et hoc conſentaneum eſt regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale.* 35. *de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis cauſis quàm conſenſu naſcatur, ſolo tamen æquitatis vinculo ſuſtinetur, quod contrariæ conventionis æquitate diſſolvitur, *d. l. Stichum.* 95. *§.* 4. *de ſolut.* Non adverſatur *l. ſi unus.* 27. *§.* 2. *de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, ſed de pacto priore, quo excepto quæſita erat, per poſterius elidendo, quo redeat prima conditio & ſtatus obligationis, actionique vis priſtina reſtituatur. Vid. *inf. ſub tit. de replicat. in pr.* VINN. Atqui & fidejuſſoris obligatio mutuo principalium contrahentium conſenſu ſolvitur, quum tamen fidejuſſor non conſenſu ſed verbis obligetur, *l.* 3. *ff. de reſc. vend. l.* 95. *§. ult. ff. de ſolut.* Sed in promptu eſt reſponſio. Fidejuſſoris obligatio non tollitur mutuo conſenſu, ſed obligatio principalis, cui fidejuſſor acceſſit. Sublata autem obligatione principali, acceſſoria ipſo jure exſpirat, *l.* 129. *§.* 1. *l.* 178. *ff. de R. I.* HEIN. De 2
civilibus nudi conſenſus obligationibus conſtans definitio eſt, eas omnes, ut nudo conſenſu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo conſenſu diſſolvi, *l.* 3. *l.* 5. *§.* 1. *de reſc. vend.* dummodo rebus integris à contractu abeatur, *l.* 7. *§. adeo.* 6. *l. ab emptione.* 58. *de pact. l.* 1. *l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. diſc.* in quo & ipſo regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres ſecuti ſunt, *l. prout.* 80. *de ſolut. d. l.* 35. *de reg. jur.* Nam etſi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id eſt, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipſo jure tolli non poſſe, tamen quia obligatio iſta nudo & mero conſenſu conſtat, totaque eſt ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinſecum quid eſt & accidentarium; ideo ſublato hoc conſenſu per pactum ſive voluntatem contrariam, tota obligationis ſubſtantia evaneſcit, ut nihil amplius ſuperſit, in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione, qua nulla ſubeſſe obligatio intelligitur, ſi res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et ſecundum hæc rectè defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio conſtituitur nuda conventione, *l.* 1. *de pign. act.* contraria eaque nuda conventione ipſo jure diſſolvi, licet obſtare videatur *l. ſi tibi.* 17. *§* 2.

de pact. ſed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad diſſolutionem pignoris. Vid. Neguz. *tractat. de pign. part. 6. memb. 3. num. 3.* Bachov. *lib. 5. de pign. cap. 6. & in comm. ad tit. de pact. c. de pact. reſolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum paciſci permiſit: quæ cauſa eſt, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipſo jure tolluntur, *d. l. ſi tibi. 17. §. 1. de pact.* junct. *l. 6. l. 7. §. ſi paciſcar. 14. in fin. eod.*

Contraria voluntate] Id eſt, contraria conventione, ſeu utriuſque partis conſenſu, *l. 1. C. quand. lic. ab empt. diſc.* unius enim voluntas ad diſſolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de obligat. & act. l. 3. C. de reſc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & ſocietas etiam unius voluntate diſſolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum eſt, ut ſuis locis demonſtravimus.

Re nondum ſequuta] *L. 7. §. adeo. 6. de pact. l. 3. l. 5. § 1. de reſc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.* id eſt, ſi nihil dum præſtitum ſit eorum, quæ ex contractu præſtari debet; veluti in exemplo propoſito, ſi neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore ſolutum ſit. Nam ſi quid horum intervenerit, conſenſu amplius negorium reſolvi nequit, niſi ſimul reſtituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio conſtitui poteſt, *d. l. ab emptione. 58. in fin. de pact.* Arrharum verò aut fidejuſſorem interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc conſenſu poſſit ab obligatione recedi, *l. 3. de reſc. vend. l. 11. §. is qui. 6. de act. empt. l. 2. C. quand. lic. ab empt. diſc.*

Finis Libri Tertii.

Digitized by Google

ARNOLDI VINNII, J. C.
IN LIBRUM QUARTUM
INSTITUTIONUM
IMPERIALIUM
COMMENTARIUS.
Academicus & Forenſis.
CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS PRIMUS.
DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 2.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex?

Ex quatuor cauſis obligationum, propoſitis §. *ult. ſup. de oblig.* duæ ſuperiore libro tertio expoſitæ ſunt: contractus, & quaſi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet, & quaſi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium ſpecies eſt delicti. Delictum eſt omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Eſtque vel *publicum*, quod ad læſionem reipub. directo tendit, & publicè in exemplum vindicatur, de quo genere eſt tit. ultimus hujus lib. vel *privatum*, quo offenduntur ſinguli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta propriè crimina; privata, maleficia appellantur: quamquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus ſcilicet & illa conſiderantur, ut ſocietatem civilem & ſtatum publicum turbantia: quod contingit ſanè per conſequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi poteſt, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non perſequimur forenſi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum eſt, ex ea cauſa debetur; ſed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque pro modo admiſſi arbitrio cognoſcentis ſtatuendam, ſive corporalem ſive pecuniariam, quæ fiſco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & diviſio obligationum ex delicto.

Quum ſit expoſitum ſuperiore libro de obligationibus ex contractu, & quaſi ex contractu, ſequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quaſi ex maleficio diſpiciamus. Sed illæ quidem, ut ſuo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ verò unius generis ſunt; nam omnes ex re naſcuntur, id eſt, ex ipſo maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

Digitized by Google

NOTÆ.

Quæ ex delicto] Scilicet privato, unde læſo obligatio & actio pecuniaria, ſive civilis. Nam judicia publica aut perſecutiones criminales huc non pertinent.

Furto, rapina, damno, injuria] Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l. 4. de obl. & act.* Reliqua, de quibus *lib. 47. D.* ad hæc quatuor referri poſſunt.

COMMENTARIUS.

1 *Quo ſenſu maleficia omnia dicantur ex re naſci?*
2 *Summa hujus tituli.*

HÆ *unius generis ſunt: nam omnes ex re naſcuntur*] Ita quoque Cajus *l. 4. de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu deſcendunt, quatuor ſunt ſpecies, cauſis efficientibus diſtinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, 1 aut litteris, aut ſolo conſenſu, *§. ult. ſup. de oblig.* Quæ verò ex maleficio oriuntur, ſi cauſam efficientem ſpectamus, omnes unius generis ſunt: nam hæ omnes re tantùm conſiſtunt, id eſt, ipſo maleficio, *d. l. 4.* Ut ecce, qui verbis aut ſcriptura profeſſus eſt furtum ſe feciſſe, aut in furtum ſua voluntate conſenſit, non tenetur furti: ſed ut teneatur, neceſſe eſt, contrectatio interveniat, *l. ſi quis. 52. §. neque. 19. de furt.* Similiter, ſi quis verbis aut litteris confeſſus eſt, ſe injuriam alicui feciſſe, non tenetur injuriarum: ſed ut teneatur, oportet interveniſſe contumeliam, *l. ſi unus. 27. §. 2. de pact.* ubi Juriſconſultus ait, actionem injuriarum non ex pacto naſci, ſed ex contumelia. Ut ut ergo injuria etiam verbis & ſcriptura fieri dicatur, *l. 1. §. 1. l. 5. §. ſi quis. 9. & ſeq. de injur. l. un. C. de famoſ. libell.* tamen illa hic non attenduntur, ut cauſæ obligationis, ſed ipſum maleficium dumtaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio deſcendit, ex facto eſſe dicitur, *l. actionem. 25. §. 1. de obl. & act.* Illud quoque diſſimile eſt, quod ad conſtituendum ex contractu obligationem requiritur mutuus conſenſus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.* nimirum reliqua ad hæc quatuor refer- 2 ri poſſunt. Porro horum ſingula ſingulatim & ſuis quæque titulis explicantur. De furto ex profeſſo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus ſit, agitur, doceturque, quid illud ſit, & quotuplex? quæ ejus pœna? quæ cauſa efficiens, materia, & forma? quando, quibus in rebus, & à quibus committatur? quis ſit effectus? quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur?

TEXTUS.

Definitio furti.

1. *Furtum eſt contrectatio fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipſius rei, vel etiam uſus ejus, poſſeſſionisve: quod lege naturali prohibitum eſt admittere.*

COMMENTARIUS.

1 *Furtum non fieri ſine contrectatione: & quid inde? tum quis contrectare dicatur?*
2 *Furem non eſſe, niſi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid ſi urgente fame eſculenta ablata? &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, niſi ſit qui poſſideat.*
6 *Furta per ſe & natura turpia eſſe.*

AUctor hujus definitionis eſt Paulus *l. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2 ſent. tit. 31.* furem ſic definivit; *Fur eſt*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio] Furtum ſine contrectatione fieri non poteſt. 1 Contrectare eſt rem manu tractare & loco movere, *l. 3. §. ſi rem. 18. de acq. poſſ. l. theſaurus. 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non niſi in rebus corporalibus iiſque mobilibus admitti, *§. 2. ſup. de uſuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut ſcriptura, ſolove conſilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. ſi quis. 52. §. neque. 19. hoc tit.* Et conſequenter furem nondum eſſe, qui tantùm conclave intravit furandi cauſa, *l. vulgaris. 21. §. qui furti. 7. eod.* nec illum ſtatim eſſe, qui inficiatur depoſitum; ſed ita ſi intervertendi cauſa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2. l. inficiando. 67. eod. d. l. 3. §. ſi rem. 18. de acq. poſſ.* Planè, etiam ſine ablatione, ſola contrectatione furtum committi poteſt, *d. l. vulgaris. 21. §. item ſi. hoc tit.* Neque is ſolùm furtum facere & rem contrectare intelligitur, qui eam ſurripit, & domino aufert, ſed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit, alteri dandam ſolvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in ſuos uſus convertit, *l. ſi quis. 52. §. Julianus. 16. eod. l. 7. C. eod.* aut qui re prius ex voluntate domini accepta utitur, cùm uſum nullum habeat, aut aliter utitur, quàm ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. ſub §. furtum. 6.* Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præſente indebitum ei, quem delegavit, ſolvitur, *l. falſus. 43. §. 2. eod.*

Fraudulosa] Fraudulosa contrectatio eſt, cùm 2 quis rem alienam contrectat ſciens dolo malo. Suam rem, quatenus ſua eſt, nemo fraudulenter contrectare poteſt. Vid. *inf. §. aliquando. 10.* Sed & ſi cùm eſſet aliena, ſuam quis eſſe exiſtimaverit, fur non eſt, licet in jure, non in facto, erret, *l. ſed & ſi. 25. §. ſcire. 6. de hær. pet. §. 2. ſup. de uſuc.*

ex

Digitized by Google

ex voluntate enim & propoſito maleficia æſtimantur, *l. qui injuriæ. 53. h. t.* Denique furtum ſine animo & affectu furandi, id eſt, rem intervertendi domino, non committitur, *§ placuit. 7. inf. eod.* cui non eſt contrarium, quod Pomponius ſcribit, eum, qui ſaccum cum pecunia ſurripuit, furti etiam ſacci nomine teneri, quamvis ſacci ſurripiendi animum non habeat, *l. qui ſaccum. 77. eod.* Nam etſi in hujuſmodi ſpecie principale propoſitum non eſt ſaccum furari, tamen per conſequentiam, quo ſcilicet commodius pecunia auferri queat, etiam ſaccus animo ſurripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hìc tenendum eſt, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut diſcernatur furtum à rapina, actus clandeſtinus à violento, κλοπὴ γὰρ ὅτι ἡ λανθάνουσα τῶν ἀλλοτρίων μετάληψις. Procl. *in Parmen. Plat.* Nam etſi generali ſignificatu & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli. 8. vi bon. rapt.* ſpecialiter tamen fraudis appellatione ea injuria ſignificatur, quæ occultè fit & clanculum, cùm vis ſit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis eſſe.*

3 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba cauſam finalem continent, & præcipuè furtum à cæteris maleficiis ſeparant, *l. 8. §. 2. arb. furt. cæſ.* Etenim in diſtinctione delictorum non tam factum conſideratur, quàm faciendi cauſa, id eſt propoſitum & intentio delinquentis. Itaque ſi quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis ſciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; ſi contumeliæ cauſa, injuria eſt; ſi nocendi tantùm gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum. 39 l. qui injuriæ. 53. h. t. l. 5. §. ult. l. 41. ad leg. Aquil.* A lucri ſtudio, ac proinde
4 etiam à crimine furti, & ille alienus eſſe videtur, qui urgente fame eſculenta aufert, ut inediæ ſuccurrat, *c. 3. x. de furt. c. 26. de conſecr. diſt. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, ſi viator equum, quo vehitur, reficiat & paſcat in gramine aut viridi ſylva ſecundum viam, dummodo id faciat ſine aliqua vaſtatione, *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui ſimile eſt, quod viatori permittit Moſes *Deuter. cap. 23. verſ. pen. & ult.* & Plato 8. *de legib.* add. Covar. *in cap. peccatum. 4. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3.* & Grot. 2. *de jur. bell. &*
5 *pac. c. 2. num. 6. vel.* Illud ſciendum eſt, ut maximè res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi cauſa, furtum tamen ſubtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quàm ſi ſit, qui poſſideat. Hinc enim eſt, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel poſt aditam, antequam hæres poſſideat; niſi res pignori data, aut commodata, aut uſusfructus alienus, *l. 1. §. Scævola. 15. ſi is qui teſt. lib. l. 14. §. ſi res. 14. l. hæreditariæ. 68 cum 2. ll. ſeqq. hoc tit. l. 2. & l. ultim. expil. hær.* Efficit hoc inquam ſubtilis juris ratio, quaſi non ſit, cui fiat. Neque tamen impune fert, qui hujuſmodi rem ſurripuit: nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi poteſt & hæres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l. 2. expil. hæred.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis forte aliquid in via jacens lucrandi animo ſuſtulit, ignorans cujus ſit, *l. falſus. 43. §. 4. hoc titul.* D. Tulden. *comm. hìc cap. 8.*

Vel ipſius rei, vel uſus poſſeſſioniſve] Hoc eſt, ea gratia, ut quis lucrum faciat, vel totius rei, quam contrectat, vel uſus ejus, aut poſſeſſionis dumtaxat: nam ipſa contrectatio tantùm corporis eſt: exempla furti uſus rei ſunt *in §. furtum. 6.* poſſeſſionis, *§. aliquando. 10. inf. l. furtum. 74. h. t.*

Lege naturali prohibitum] Furtum non ut nu- 6
ptiæ cum filia aut ſorore adoptiva more aut inſtituto civitatis, ſed per ſe & natura turpe ac flagitioſum eſt, ſicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum. 42. de verb. ſign.* ad quod demonſtrandum nihil opus eſt vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipſa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas eſſe alteri detrahere ſui commodi cauſa. Cicero *lib. 3. offic. cap. 5. Illud natura non patitur, ut aliorum ſpoliis noſtras facultates, copias, opes, augeamus.* Quod verò apud quaſdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus teſtatur Gell. *lib. 11. c. 18.* id rationem communem non mutat; neque ex unius aut alterius populi inſtitutis de jure naturæ ſive gentium judicandum eſt: de quò latius diſſerui *ſub tit. 2. lib. 1.* Sed nec illi ipſi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta ſimpliciter permiſerunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per ſe licitam. Verùm Ægyptiorum legiſlator, cùm exiſtimaret fieri non poſſe, ut omnes à furto abſtinerent, viam quæſivit, qua domini res ſublatas ſtatim & ſine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellet, juſſit nomen ſuum profiteri apud furum principem, atque ad eum res ſurreptas è veſtigio referre, quæ deinde dominis ita reſtituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione perſolverent, quaſi pœnam negligentiæ. Diod. Sicul. *lib. 1. biblioth. cap 18.* Lycurgus autem, qui Lacædemoniis leges tulit, non promiſcuè omnium rerum furta permiſit, ſed tantùm edulium, neque omnibus furari, ſed junioribus dumtaxat: quos furtim ſibi alimenta comparare voluit, ut acuerent induſtriam, diſcerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, inſidias ſtruere, exploratores habere: quoniam deprehenſos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore exiſtimans, teſte Xenophonte *lib. de republ. Lacedæmon.* Vinn. Ex alio fundamento furtum lege naturali prohibitum eſſe negat ὁ πάνυ Salmaſ. *de uſur. cap. 9.* puta, quod ipſum dominium non natura, ſed hominum voluntas introduxerit, ſine dominio autem furtum non intelligatur. Enimvero quum jus naturæ vel abſolutum ſit vel hypotheti-

Digitized by Google

cum, facile patet, poſito dominio, furtum ipſi rectè rationi non abſolutè, ſed hypotheticè adverſari. Vid. Puffendorff. de *I. N. & G. Lib.* 3. *cap.* 3. §. 24. HEIN.

TEXTUS.

Etymologia.

2. *Furtum autem, vel a furvo, id eſt, nigro dictum eſt, quod clam & obſcure fiat, & plerumque nocte; vel à fraude; vel à ferendo, id eſt, auferendo; vel à Græco ſermone, qui φῶρας appellant fures. Immo & Græci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerint.*

COMMENTARIUS.

TRaditur hìc quadruplex furti etymologia ex *l.* 1. *pr. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum ſit vel à *furvo*, vel à *fraude*, vel à *ferendo*, vel ab antiquo Græco verbo φώρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui, ut Paulus refert in *d. l.* 1. furtum à furvo, id eſt, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obſcurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib.* 1. confirmat auctoritate Varronis, quem ſcribit furem ex eo dictum tradidiſſe *lib.* 14. *de rer. div.* quod furvum atrum appellaverint, & fures per obſcuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *lib.* 9. *Æneid.* ad illud Virgilii, *v.* 350. *Hic furto fervidus inſtat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id eſt, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor eſt Sabinus *d. l.* 1. quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id eſt, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Poſtrema, quod fur à verbo Græco φώρ per affinitatem litterarum dictus ſit, placet Gell. *lib.* 1. c. 18. ubi tantum non carpit Varronem, quaſi memoria lapſum, quod furem dictum ſcripſit à furvo. VINN. Verè fures à *ferendo* vocati. Hinc ipſos ſervos olim ita dictos nemo ignorat. Simile quid contigit Germanico vocabulo, *Scalk*, quod quum olim ſervum, famulum, miniſtrum notarit, eaque ſignificatio etiamnum ſuperſit in nominibus, *Mareſchallus*, *Seneſchallus*, *Gottſchallus &c.* hodie non niſi in ſenſu deteriore pro homine nequam & callido nebulone accipitur. HEIN.

TEXTUS.

Diviſio.

3. *Furtorum autem duo ſunt genera; manifeſtum, & nec manifeſtum. Nam conceptum & oblatum ſpecies potius actionis ſunt furto cohærentes, quam genera furtorum, ſicut inferius apparebit. Manifeſtus fur eſt, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec ſolùm is, qui in ipſo furto deprehenditur, ſed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit, & nondum egreſſus januam deprehenſus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehenſus fuerit. Immo ulterius furtum manifeſtum eſt extendendum, quamdiu eam rem fur tenens viſus vel deprehenſus fuerit, ſive in publico, ſive in privato, vel à domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere deſtinaſſet. Sed ſi pertulit, quo deſtinavit, tametſi deprehendatur cum re furtiva, non eſt manifeſtus fur. Nec manifeſtum furtum quid ſit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifeſtum non eſt, id ſcilicet nec manifeſtum eſt.*

NOTÆ.

3. *Quàm genera furtorum*] Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *lib.* 2. *ſent.* 31.

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum, tum quæ olim, tum quæ ſecundum praxim hodiernam?*
2 *Furis manifeſti deſcriptio.*
3 *Quid furtum nec manifeſtum?*

FUrtorum tantùm duo ſunt genera, manifeſtum, & nec manifeſtum, *l.* 2. *eod.* nam, ut hìc indicatur, & latius explicatur §. *ſeq.* conceptum & oblatum non ſunt genera furti, ſed ſpecies actionis furto cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri poſſit, ut ejuſdem rei utrumque furtum committatur, diverſo ſcilicet tempore & actione, *l. vulgaris.* 21. *pr. verſ. nam etſi eod.* Planè furtum variè ſubdividi poteſt; veluti quod aliud ſit diurnum, aliud nocturnum; aliud domeſticum, aliud non domeſticum. Diſcernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, ſacculatii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig.* & *de fur. baln. l* 7. *de extraord. crim.* Peculatores, ſacrilegi, plagiarii puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 10. *inf. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in ſimplex & qualificatum. Simplex eſt, cui nullum aliud crimen aut circumſtantia aggravans adhæret. Qualificatum contra. Vid. Damhoud. *prax. crim. c.* 110. *de furt.* Baron. *comment. hic. part. ult.* 1

Manifeſtus fur eſt] Deſcriptio furis & furti manifeſti, ex qua diſcimus, furem manifeſtum cenſeri primum eum, qui in ipſo facto ſeu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: poſtremo & eum, qui, quantumvis locum egreſſus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre deſtinaverat. Deſumpta hæc deſcriptio eſt ex *l.* 3. & 2. *ſeqq. de furt.* 2

Iſt

Ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant] Hoc eſt αὐτοφωρεί, in ipſo furto, ἐπ' αὐτῇ τῇ φωρᾷ, ſcil. ἁλόντα deprehenſum in admiſſo Papinianus appellat, *l.* 8. *de præſcr. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l.* 3. *in pr.* ſed plenius Heſychius, ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φανερῶς καταληφθείς, ὁ ἐπ' αὐτῷ τῷ κλέμματι ἁλωθεὶς ἔτι κατέχων αὐτό. Uſurpatur & deprehenſis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis περὶ τοῦ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντος μοιχοῦ.

Viſus vel deprehenſus] Non ſolùm prehenſio, ſed etiam viſio furem manifeſtum facit, utique cùm ad eum comprehendendum accurſum eſt, iſque abjecto furto effugit, *l.* 7. §. 1. *&* 2. *eod.* Servius in illud Virgilii *Eclog.* 2. *Non ego te vidi?* manifeſti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

Vel à domino, vel ab alio] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res eſt, an à vicino, aliove quolibet tranſeunte, *l.* 3. §. 1. *l.* 7. §. *ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi faciente deprehendente proponitur, *l. ſi quis.* 24. §. 2. *de uſur.* id exempli tantùm causâ prolatum intelligendum eſt. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, §. 4. *&* §. *alteri.* 18. *ſup. de inut. ſtip.* nam deprehenſio, cujuſcumque ea ſit, delictum tantùm qualificat.

Nec manifeſtum furtum, quid ſit &c.] Nec manifeſtum furtum quid ſit, ex manifeſti, tam-
3 quam contrarium ex contrarii ſui definitione, intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Sed & apertè illud definitur *verſ. proximè præced.* ubi Juſtinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo deſtinavit, tametſi cum re furtiva deprehendatur, non eſſe furem manifeſtum. Quomodo & Juriſconſultus *l.* 5. §. 1. *eod.* idque ſic à Paulo explicatur, *l.* 4. *eod.* ſi eo pertulit, quo deſtinavit eo die manere cum eo furto. Quare etſi poſtero die iterum rem auferat, & dum alio perfert deprehendatur, non erit fur manifeſtus. Bellè in hanc ſententiam Maſſurius apud Gellium *lib.* 11. *c.* 18. *Manifeſtum*, inquit, *furtum eſt, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis eſt, cùm perlatum eſt, quo ferri cæperat.*

TEXTUS.

De furto, concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cùm apud aliquem teſtibus præſentibus furtiva res quæſita, & inventa ſit: nam in eum propria actio conſtituta eſt, quamvis fur non ſit; quæ appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata ſit, eaque apud te concepta ſit; utique ſi ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quàm apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta ſit, propria actio verſus eum, qui obtulit, quamvis fur non ſit, conſtituta eſt actio, quæ appellatur oblati. Eſt etiam prohibiti furti actio adverſus eum, qui furtum quærere teſtibus præſentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna conſtituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adverſus eum, qui furtivam rem apud ſe quæſitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, ſcilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in deſuetudinem abierunt. Quum enim requiſitio rei furtivæ hodie ſecundum veterem obſervationem non fiat, meritò ex conſequentia etiam præfatæ actiones ab uſu communi receſſerunt: quum manifeſtum ſit, quod omnes, qui ſcientes rem furtivam ſuſceperint, & celaverint, furti nec manifeſti obnoxii ſunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

Conceptum furtum, item oblatum, non tam eſſe genera furti, quàm ſpecies actionum furto cohærentes, didicimus §. *præc.* quamvis Paulus 2. *ſent.* 31. & Cajus 2. *Inſt.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hìc fit mentio, prohibito ſcilicet, & non exhibito.

Furtiva res quæſita & inventa] Is, apud quem teſtibus adhibitis res quæſita & inventa erat, quamvis fur non eſſet, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæſitum & inventum eſt.* Item, *Concepti is agere poteſt, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio conſtituta] In triplum, ut teſtatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi ſcribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta eſſent, perinde ac ſi manifeſta forent, duodecim tabulis vindicata: poſt verò tripli pœnam ordinario jure conſtitutam.

Oblatum furtum] Oblati furti is tenebatur, ſive fur, ſive alius, quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud ſe deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hic ei, apud quem res concepta erat, propria adverſus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati: cujus vis in triplum item erat, ut teſtantur Gellius & Paulus iiſdem locis.

Prohibiti furti actio] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud ſe teſtibus præſentibus inveſtigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud ſe quæſitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto. VINN. Furti exhibiti actionem in duplum datum fuiſſe, docuimus alibi ex

Eee 4 Plaut.

Digitized by Google

Plaut. *Pœnul. Act. 3. ſc. 1. v. 54. ſequ. Act. 1. ſc. 1. 55. Act. 3. ſc. 4. v. 27. ſc. 5. v. 39. ſcen. 6. v. 14.* in quibus locis alii actionem ſervi corrupti, tanquam caput ſecundum legis Aquiliæ ſibi inveniſſe videntur. Vid. Taubm. *Adnot. ad h. l.* & adde *Elementa noſtra Juris Lib. 4.* §. 1058. HEIN.

In deſuetudinem abierunt] Quatuor ſuperiores actionum ſpecies tempore Juſtiniani dudum obſoleverant, & ideo nullam earum mentionem in pandectis fieri voluit.

Requiſitio rei furtivæ ſecundum veterem obſer-
1 *vationem*] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetuſtiſſima eſt, utpote ex lege duodecim tabularum, teſte Gellio *d. loc. & lib. 16. cap. 10.* Ex Feſto autem diſcimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfamil. aut virginum præſentiam. Quod ſumptum videtur ab inſtitutis Athenienſium. Nam & Plato *lib. 12. de legibus*, ſic ſcribit: φωρᾶν δὲ ἂν ἐθέλῃ τις παρ' ὁτῳοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωστος, &c. ἐπω. σχεῖν. Id eſt, ſi quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus, aut licium habens, & diſcinctus. Nudi ædes ſuſpectas ingrediebantur, amicti tantum ſimplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte veſtibus conditum inferrent, dominoque ædium falſum crimen objectare poſſent. Hanc autem furti inveſtigandi rationem jam ſuo tempore ſublatam fuiſſe, refert Gellius *d. cap. 10.* ut veriſimile ſit, in locum ejus ſucceſſiſſe, quod hic ſcribit Juſtinianus, ut teſtibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipſum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo ſecreta cujuſque hominum nimiæ curioſitati panduntur, poſtea exoleverit. VINN. Plura de ritu furtum per lancem & licium inquirendi nos diximus in *Antiq. Roman. Lib. 4. h. t.* Ingenioſa quoque & erudita ſunt, quæ ex inſtituto de illo diſſeruit V. C. Abr. Vvillingius in libro ſingulari *de furto per lancem & licium concepto*. Non una utriuſque hypotheſis. Sed quis prohibeat in re tam vetuſta hariolari? HEIN.

Furti nec manifeſti obnoxii ſunt] Quid ſi rei criminis planè convinci non poſſint, adſint autem non levia ſuſceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquiſitio in ædibus alienis, ſed auctoritate publica, miſſis executoribus juſtitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur. D. Tulden. *comm. hic cap. 13.* poſt DD. commun.

TEXTUS.

Pœna.

5. *Pœna manifeſti furti quadrupli eſt, tam ex ſervi, quam ex liberi perſona: nec manifeſti, dupli.*

NOTÆ.

5. *Tam ex ſervi, quàm ex liberi*] Hoc dicens reſpicit ad pœnam furti manifeſti ex lege 12. tabb. qua ſervi è ſaxo præcipitabantur; liberi verberibus cæſi addicebantur ei, cui furtum factum eſſet. Gell. 11. *cap.* 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt nulla facta diſtinctione inter liberos & ſervos, convenit *cap. 3. Exod. & cap. 5. Deuter.*

COMMENTARIUS.

1 *Furta variè mutata etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus, & n. 5.*
2 *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cæptum: & tamdem civiliter agi deſitum.*
3 *Quæ furti pœna ex conſtitutionibus Frederici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur?*
4 *Oſtenditur, non pugnare cum juſtitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur?*

POEna furti nec una apud omnes, nec eadem ſemper apud Romanos fuit. Nam alii pœna 1
pecuniaria tantùm; alii flagellatione; alii fuſtigatione; alii effoſſione oculorum, aut alicujus membri amputatione; alii gravius etiam, adeoque morte furta mulctarunt. Vide Alex. ab Alex. *6 genial. dier. 10.* Bodin. *6. de repub. 6.* Decemviri fures manifeſtos verberibus affectos in ſervitutem tradi juſſerunt ei, cui furtum factum eſſet: ſervos furti manifeſti prenſos cædi, & è ſaxo præcipitari; furtis autem non manifeſtis tantùm pecuniariam pœnam dupli impoſuerunt: quorum in altero ſeveritatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis lenitatem, qui ea dupli tantùm pœna vindicabat, ſecuti videntur. Gell. *lib. 11. c. 18.* Cæterum prætoribus pœna illa furti manifeſti adhuc nimis acerba viſa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifeſtos intactam reliquerunt. Procedente 2
verò tempore etiam criminaliter furti agi cœptum eſt, & vindictæ publicæ cauſa extraordinaria animadverſione fures coerceri, pœnam ſtatuente judice pro qualitate circumſtantiarum: eaque perſecutio criminis jam tempore mediæ juriſprudentiæ frequentiore in uſu erat, quàm actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Juſtinianus noviſſima ſanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abſciſſio infligatur; ſed ut aliter fures caſtigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel ſimili, quam conſtitutione ſua non excepit. *Nov. 134. cap. ult. auth. ſed novo. C. de ſerv. fugit.* Poſterioribus verò ſæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ ſunt. Cæterum ſeverius furta vindicari placuit, propter creſcentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coercenda pœnæ antiquæ jam non

ani-

Digitized by Google

3 amplius ſufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris conſtitutio *lib. 2. Feud titul. de pac. ten. & ejus viol.* qua jubet, eum, qui quinque ſolidos aut rem ejuſdem valoris furatus fuerit, laqueo ſuſpendi, eum verò, qui minus furtum commiſerit, ſcopis & forcipe excoriari & tundi, ſive ut Hotomannus legit, tonderi, *§. ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter ſubdit. §. injuria ſeu furtum.* 1. Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de ſimplici furto, ſed ſeditioſo, id eſt, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ, vid. Lud. Gomez *ad §. ex maleficiis.* 18 *num. 3. 4. & 5. inſ. de act.* Clar. *§. furtum. n* 7. Schneid. *in §. ult. hoc tit. n. 6.* id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per ſe crimen capitale eſt, neque in eo locum habet diſtinctio, quam Fredericus facit. Recentior eſt conſtitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures præſertim non manifeſti, neque magnæ rei, & ſemel dumtaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti, gravius & capite puniantur, habita tamen ratione ſexus, ætatis, &c. *art. 157. & ſeqq. conſt. imp. cauſ. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris conſtitutionem mores hodierni fere ſequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi ſolent: iterum patrato facinore acrius caſtigantur, atque inſuper tergis eorum ſtigma inuritur, ut hoc ſit eis cauterium emendatioris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, reſte finiant. Qui tamen ordo animadverſionis nonnumquam mutatur, circumſtantiis judicem aliter moventibus. Gomez. *ad d. §. ex maleficiis.* 18 *n. 4.* Challan. *ad conſuet. Burg. rubr. 1. §. 5. verſ. ſimplex. num. 2.* Clar. *d. §. furtum. n. 12.* Covar. *2. reſol. 9. n. 7. &* 10. *n. 2.* Damhoud. *prax crim cap.* 110. *n. 28. & ſeq.* Gudelin 5.
4 *de jur nov.* 19. Privatis tantùm relicta eſt ejus, quod ſurreptum eſt, judicio civili perſequendi facultas. Sunt, qui haſce pœnas, præſertim capitalem illam laquei, ut duras nimis & proportionem pœnæ ad delictum longè excedentes, in totum damnant, negantque, juſtitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maximè cùm etiam lex divina Hebreis per Moſen data non majore pœna, quàm pecuniaria fures plecti jubeat, *Exod. c. 22.* Verùm reſpondent alii, nos legibus pœnalibus Moſaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum obſervandos, quibus delicta coerceantur; ſatis eſſe ſi leges noſtræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur: gradus pœnarum permittendos eſſe legum conditoribus, quibus proinde fas ſit, ſeverius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantùm bonis nocetur, capite plectere, ſi viderint publicè id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri poſſe. Illam verò proportionem, quæ debeat eſſe culpam inter & pœnam, non ſpectare abſolutè, & nudè materiam delicti, ſed habere reſpectum ad hunc finem, ut in quieto ſit vita communis, & imperturbata maneat civium inter ſe ſocietas. Quare ſi talis ſit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari poſſe, eam proportionatam non eſſe, quamvis alias per ſe & ratione damni, quod illatum eſt, ſatis ſit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examuſſim reſpondeat materiæ culpæ, hoc eſt, ut bonum, quo pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum ſuum, ſed æſtimandum eſſe ex fine, publico ſcilicet bono, & transgreſſione legis atque inobedientia. Idque etiam Ariſtotelem docere *2. polit. cap. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis ſæpe reſpicere πρὸς τὸ συμφέρον, id eſt, ad id, quod publicè expedit. Et intellexiſſe Claudium Saturninum in *l. aut facta.* 16. *in fin de pœn.* ubi ſcribit ſupplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis graſſantibus exemplo opus eſt: in quam ſententiam etiam diſſerit Cæcilius apud Gell. *lib.* 20 *c. 1.* ubi ait, acerbitatem ulciſcendi maleficii plerumque bene atque cautè vivendi eſſe diſciplinam. Poſtremo neque furta quælibet hodie morte puniri, ſed ea duntaxat, quæ vel enormia ſunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ ſæpius perpetrata leviori animadverſione corrigi non potuere. Covar. 2. *reſol. 9. n. 7.* Dan. Moll. 1. *semeſt. 37. n. 5. & ſeq.* Vveſemb. *par. de fur. in fin* latè Lud. Molin. *de juſt. & iur. tom. 3. tract. diſp. 2.* Perez. *in C. de furt. num. 15. & ſeqq.* VINN. Fruſtra ad Leges Moſaicas forenſes provocatur, ubi alia rei publicæ conditio alios mores poſtulat. Apud Hebræos rariores erant fures, quia rariores egeni & famelici. Palæſtina æqualiter fuerat inter omnes diſtributa: cuique familiæ agri pars ſorte obtigerat, neque ea facile excidere poterant poſteri ob jura anni Jubilæi. Accedebat, quod totus populus eſſet à luxuria alienus, adeoque tenue rerum omnium pretium. In tanta vitæ ſimplicitate paucos eſſe oportebat pauperes; adeoque & paucos fures. Unde non mirum, leviorem pœnam ſufficere viſam ſupremo legislatori ad Iſraelitas in officio retinendos. Quam diverſa rerum publicarum noſtrarum conditio, in quibus nec furcæ nec patibula coercendæ furum audaciæ ſufficiunt? HEIN.

Tam ex ſervi, quàm ex liberi perſona] Reſpicere videtur ad pœnam furti manifeſti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione perſonæ ejus, qui furtum feciſſet, diverſa erat: ſervi è ſaxo præcipitabantur; liberi verberibus cæſi addicebantur ei, cui furtum factum eſſet, ut ex Gellio ſupra retulimus. At prætores mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifeſto impoſita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta diſtinctione inter liberos & ſervos: ut ſcilicet nomine ſervi furis manifeſti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem purè & directè, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, ſed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod ſi quis furti à ſervo com- 5

miſſi

Digitized by Google

miſſi criminaliter agere velit, ipſe ſervus conveniendus eſt.

TEXTUS.

Quomodo furtum fit: De contrectatione.

6. *Furtum autem fit, non ſolùm cùm quis intercipiendi cauſa rem alienam amovet; ſed generaliter cùm quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque ſive creditor pignore, ſive is, apud quem res depoſita eſt, ea re utatur; ſive is, qui rem utendam accepit, in alium uſum eam transferat, quàm cujus gratia ei data eſt, furtum committit: veluti ſi quis argentum utendum acceperit, quaſi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre ſecum tulerit: aut ſi quis equum geſtandi cauſa commodatum ſibi, longius aliquo duxerit; quod veteres ſcripſerunt de eo, qui in aciem equum perduxiſſet.*

NOTÆ.

6. *In alium uſum transferat*] Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri eſt, ex alieno largiri, & beneficii ſibi debitorem acquirere, *d. l. 54. §. 1.*

Qui in aciem] Cujacio legendum videtur: *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxiſſet*, ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quamquam conſtans eſt hæc lectio, *in aciem*. Theoph. εἰς παράταξιν.

COMMENTARIUS.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. obſervetur?*

FUrtum fieri intelligitur non tantùm ſi quis rem alienam clam domino amoveat, ipſius rei intervertendæ cauſa: verùm etiam ſi quis id faciat, ſolius uſus rei in lucrum ſuum transferendi gratia: adeoque non amovendo tantùm, ſed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe ſi quis ea re, quam voluntate domini apud ſe habet, non ex voluntate domini utatur. In ſumma, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. cap. 18. Qui alienam rem attrectavit, cùm id ſe invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.] Pignus non ad utilitatem, ſed ad ſecuritatem datur, §. *ult. ſup. quib. mod. re cont. obl.* depoſitum cuſtodiæ cauſa, non uſus, *tot. tit. depoſ.* Itaque ſi creditor pignore, is apud quem res depoſita eſt, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem eſt, ſi commodatarius in alium uſum, quàm in quem accepit, rem commodatam transferat: & magis idem, ſi quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in uſus ſuos, *l. qui jumenta. 40. l. ſi pignore. 54. l. qui re. 76. hoc tit. l. 7. C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, ſi id alii commodaverit, furti obligari traditum eſt; nec quem movere debere, quaſi hìc nihil lucri ſui cauſa faciat: ſpeciem enim lucri eſſe ex alieno largiri, & beneficii ſui debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *d. l. ſi pignore. 54. §. 1.*

Veluti ſi quis argentum, &c. aut equum geſtandi cauſa] *l. 5. §. quinimo. 8. commod. d. l. 40. hoc tit.* Gell. *lib. 7. c. 15.* Memorabile eſt, quod refert Val. Max. *lib. 8. cap. 2.* & Symmach. *7. epiſt. 69.* furti quemdam damnatum eſſe, quod equo, cujus uſus illi uſque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus eſſet. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto, criminaliter ex hujuſmodi cauſis agi potuiſſe. Sanè pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantùm locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam poſuerat, non etiam cùm alias ignorante domino contrectata eſt, puta à creditore, aut depoſitario, pignore aut re depoſita utentibus, aut à commodatario excedente præſcriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hic. cap. 2.* fraudem publici tabularii; & merito.
Moribus horum temporum creditor aut depoſi- 1
tarius re pignerata aut depoſita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quàm utendam accepit, furti actione, quæ ſoli fiſco nunc competit, non tenentur, ſed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, depoſuit, aut commodavit, intereſt, id factum non eſſe. Zypæ *not. jur. Belg. de furt. verſ. pen.* Autumn. *conſerv. du droict. in l. qui jumenta. 40. h. t.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

De affectu furandi.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quàm utendas acceperint, ita furtum committere, ſi ſe intelligant id invito domino facere; eumque, ſi intellexiſſet, non permiſſurum; at ſi permiſſurum credant, extra crimen videri; optima ſane diſtinctione; quia furtum ſine affectu furandi non committitur.*

NOTÆ.

7. *Sine affectu furandi*] *l. 37. de uſuc.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς προθέσεως. Pſellus cum facto etiam animum furis exigit, *l. 41. ad leg. Aquil.* nec tam factum quæritur, quàm faciendi cauſa, *l. 39. eod.* Nam maleficia ex propoſito delinquentis æſtimantur, *l. 53. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species quædam notabilis.*

CUm furtum ſine animo & affectu furandi, χωρὶς κακῆς προθέσεως, non committatur, *l.*

fur-

furtum. 37. de uſuc. neque tam factum quæratur quàm faciendi cauſa, *l. verum eſt. 39. hoc tit.* rectè dictum eſt, eum, qui putavit ſe voluntate domini rem attingere, non eſſe furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum conſenſurum fuiſſe, ſive falſo id, ſive verè putet? Is ergo ſolus fur eſt, qui attrectavit, quod invito domino ſe facere ſcivit, *l. inter omnes. 46. §. rectè. 7. eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem eſt, ſi quis utatur re, quæ utenda quidem data non eſt, ſed cuſtodiæ aut pignoris cauſa tradita, exiſtimans ſe id facere domino non invito, *l. qui re. 76.*
2 *eod.* Sed quid dicendum, ſi quis rem aliquam uſus ſui cauſa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat, ſe putaſſe dominum id permiſſurum fuiſſe? Equidem ſi vir ſit integræ famæ, & juſtam cauſam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, neceſſitudine, familiaritate nitatur, dixerim, nec hunc furem habendum eſſe, cum Joan. Fab. & Ang. *hic.* per text. generalem in *d. l. inter. 46. §. rectè. 7. hoc tit.* alias ſuſpicione furti & gravi præſumptione onerabitur, *arg. l. qui vas. 48. §. 3. eod.* Nam, ut rectè ait Bald. in *l. 6. C. de dol.* in his, quæ ſunt de genere prohibitorum, ſemper dolus præſumitur. Quæ ſententia etiam communi calculo comprobata eſt, in *l. 5. C. de injur.* Et ideo ne domini quidem atteſtatio, profitentis conſenſu ſuo rem amotam eſſe, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, niſi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cùm furti criminaliter agitur: nam privatam ſui juris perſecutionem unuſquiſque remittere poteſt. Ita poſt Bart *in d. l. inter. 46. §. rectè. 7. hoc tit.* & DD. *in l. transfigere. 18. C. de tranſact.* concludit Gomez. 3. *reſol. 5. n. 2.*

Textus.

De voluntate domini.

8. *Sed & ſi credat aliquis invito domino ſe rem commodatam ſibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæſitum eſt, quum Titius ſervum Mævii ſollicitaverit, ut quaſdam res domino ſurriperet, & ad eum perferret, & ſervus id ad dominum pertulerit; Mævius autem dum vult Titium in ipſo delicto deprehendere, permiſerit ſervo quaſdam res ad eum perferre; utrum furti, an ſervi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro: Et cum nobis ſuper hac dubitatione ſuggeſtum eſt, & antiquorum prudentium ſuper hoc altercationes perſpeximus, quibuſdam neque furti, neque ſervi corrupti actionem præſtantibus, quibuſdam furti tantummodo; nos hujuſmodi calliditati obviam euntes, per noſtram conſtitutionem ſancimus, non ſolum furti actionem, ſed & ſervi corrupti contra eum dari. Licet enim is ſervus deterior à ſollicitatore minimè factus eſt, & ideo non concurrant regulæ, quæ ſervi corrupti actionem introducunt: tamen conſilium corruptoris ad perniciem probitatis ſervi introductum eſt, ut ſit ei pœnalis actio impoſita, tamquam ſi re ipſa fuiſſet ſervus corruptus; ne ex hujuſmodi impunitate & in alium ſervum, qui facile poſſet corrumpi, tale facinus à quibuſdam perpetretur.*

Notæ.

8. *Si credat invito, &c. domino autem volente*] Pomponius *l. 46. §. pen. eod.* ait, furtum quidem fieri; ſed negat hoc caſu furti agi poſſe: quia dominus in uſum conſentiens re ipſa fraudatus non eſt, arg. *l. 145. de reg. jur.*

Neque ſervi corrupti] Quippe quæ ei tantùm à prætore proponitur, cujus ſervus perſuaſione alterius corruptus eſt, *l. 1. de ſerv. corrupt.* quod hìc factum non eſt.

Per noſtram deciſionem] *l. 20. C. de furt.* ubi vel conatum tam improbum ſollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tamquam ſi re ipſa, &c. corruptus] Si autem ſervus re ipſa corruptus fuiſſet, in duplum, quanti ea res eſt, in corruptorem judicium daretur, *l. 1. de ſerv. corrupt.*

Commentarius.

1 *Eum, qui rem alienam, licet inſuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*

2 *Cur dubitatum, utrum ſollicitator ſervi in hypotheſi propoſita actione furti aut ſervi corrupti teneretur? necne?*

Quod hìc ait Juſtinianus, furtum non fieri, etiamſi quis credat ſe rem invito domino attrectare, cùm id faciat domino volente, id non de facto ipſo, ſed de pœna facti accipiendum eſt, videlicet in propoſito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari poteſt, 1
quin revera furtum faciat, & peccato conſcientiam obſtringat, qui rem alienam lucri ſui cauſa fraudulenter contrectat, etiamſi illo ignorante dominus id inſuper habeat, quod & Pomponius fatetur *l. inter 46. §. pen. hoc tit.* Cæterum negat eum hoc caſu furti obligari, id eſt, furti cum eo agi in foro civili poſſe: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamſi id fur ignoret, re ipſa fraudatus non ſit, *arg. l. nemo. 145. de reg. jur.* Sunt verò & alii caſus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de cauſis à magiſtratu denegatur, vid. *l. 1. in fin. rer. amot. l. ſervi. 17. l. ſi libertus. 89. hoc tit. §. hi qui. 12. inf. eod.*

Vnde

Digitized by Google

Unde illud quæſitum, &c.] Quoniam placet, furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, ſi id faciat domino volente, licet hoc ipſe ignoret, quæſitum inde eſt, an furti teneatur, qui ſervum alienum ſollicitavit, ut res aliquas domino ſurriperet, & ad ſe perferret, ſi dominus per ſervum ejus rei certior factus permiſerit ſervo res quaſdam ad ſollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibuſdam viſum eſt furti actionem non magis hoc caſu competere, quàm ſuperiore: quia cui volenti furtum factum eſt, furti agere non poteſt. Aliis verò contra, quo-
2 niam voluntas iſta non ſeria fuit, ſed ſimulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæſitum, an ſuaſor iſte ſeu ſollicitator in propoſita hypotheſi teneatur actione ſervi corrupti, quæ in duplum quanti ea res eſt, à prætore proponitur adverſus eum, cujus perſuaſione ſervus corruptus aut deterior factus eſt, *l.1.de ſerv.corrupt.* Veteribus placuit non teneri, quia prætor de eo tantùm loquitur, à quo ſervus perſuaſus & corruptus eſt, in propoſito autem ſuaſiſſe quidem ſollicitatorem, pravumque conſilium ſervo dediſſe; at non perſuaſiſſe & feciſſe deteriorem; proinde nec eſſe quod hìc æſtimari & duplari poſſit. Cæterum Juſtinianus *l.ſi quis.20.C.hoc tit.* non attenta diſputatione veterum cenſuit, vel conatum tam improbum ſollicitatoris puniendum eſſe, proque furto & corruptione habendum: nam etſi is conatus revera effectum non habuit, habuiſſe tamen opinione perniciosi ſuaſoris, atque eſſe rem peſſimi exempli; ut *hic & d.l.20.* latius diſſerit. Quantum igitur hoc caſu judicio ſervi corrupti poſtulabitur? Quantum ſcilicet deberetur, ſi revera ſervus corruptus fuiſſet.

Textus.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit: veluti ſi quis liberorum noſtrorum, qui in poteſtate noſtra ſunt, ſubreptus fuerit.*

Commentarius.

Si filiusfam. ſubreptus ſit, palam eſt, patrem habere furti actionem, inquit Ulp. *l.14.§.ſi filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium ſumenda eſt, quod filius inſtar ſervi in patris manu, poteſtate, ac ditione erat; unde etiam liberi, qui in poteſtate ſunt, vindicari potuerint, hac adjecta clauſula, *Ex lege Quiritium. l.1.§.2.de rei vind.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Judicio criminali extra ordinem, *l.ult.h.t.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l.ult.C.ad leg.Fab.de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æſtimatio corporis fieri poteſt, *l.1.§.ſed cum.5.de his qui effud.* multiplicabitur hìc ſecundum interpp. id quod patris intererit. Mater filii ſurrepti actionem non habet, quia nec in poteſtate eum habet, *l.mater.38. de furt.* Sed nec patri datur condictio, utpote quæ non niſi vero domino competit, *l.38. §.1.eod.* Vinn. At quis negaverit, patrem jure Rom. fuiſſe verum liberorum dominum, quum & vindicare eos, & dominium Quiritiarium mancipatione in alios transferre potuerit? Et cedo, qui minus pater erat filiifam. dominus quam tutor rei pupillaris, vel b.f. poſſeſſor? quibus tamen condictionem dari patet ex *l.56.§.pen. ff.de furt. l.136.ff.de R.I.* Ratio itaque eſt, quia promptius patri erat remedium ex interdicto, *de liberis exhibendis & ducendis*. Aut enim in furis manu erat filius ſurreptus, aut non erat. Si erat: cur maluiſſet pater condicere, quam vel ducere, vel ad exhibendum agere? Si non erat: fruſtra egiſſet ad præſtandam æſtimationem, quam liber homo non recipit. Hein.

Textus.

De re propria.

10. *Aliquando etiam ſuæ rei furtum quis committit; veluti ſi debitor rem, quam creditori pignoris cauſa dedit, ſubtraxerit.*

Notæ.

10. *Quam creditori pignoris cauſa*] *l.12.§.2. d.l.19.§.pen. l.79.de furt.* Minus autem propriè hìc dicitur debitor rei ſuæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod ea re creditoris eſt, intervertit. Rei enim noſtræ furtum facere non poſſumus, Paul.2.ſent.31. Ariſt. 5. Eth. ult.

Commentarius.

Qui rem pignori dat, eamque ſurripit, furti actione creditori tenetur, *l.itaque.12.§.2. l.in actione.19.§.pen.l.ſi debitor.79.l.creditor.87. hoc tit.* Furtum autem rei pigneratæ dominus non tantùm tunc facere videtur, cùm poſſidenti ſive tenenti creditori aufert; verùm & ſi eo tempore abſtulerit, quo non poſſidebat, ut puta ſi rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, ſæpiſſime reſponſum eſt, *d.l.in actione. 19.§.ult.l.ſi is qui.66.in pr.eod.l.6.C.pro emp.* Cæterum minus proprie hìc dicitur debitor rei ſuæ furtum facere, cùm eatenus tantùm faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris eſt, intervertere conatur. Rei enim noſtræ furtum facere non poſſumus. Paul. 2.ſent.31.Ariſt.5.Eth.ult. Neque hæc ſpecies ad rigorem noſtri temporis pertinet.

Tex-

TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cujus ope, conſilio, furtum factum eſt.

II. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit; qualis eſt is, cujus ope & conſilio furtum factum eſt. In quo numero eſt, qui tibi nummos excuſſit, ut alius eos raperet; aut tibi obſtiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres ſcripſerunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed ſi quid eorum per laſciviam & non data opera, ut furtum admitteretur, factum eſt, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & conſilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui ſcalas fortè feneſtris ſupponit, aut ipſas feneſtras vel oſtium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut ſcalas, ut feneſtris ſupponerentur, commodaverit, ſciens, cujus rei gratia commodaverit. Certè qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, ſed tantum conſilium dedit, atque hortatus eſt ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

NOTÆ.

II. *Ut alius eos raperet*] Dummodo & rapuerit: nam ſi nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq.*

In factum actio dari debet] *d. l. 50. §. ult.* prætoria ſcil. aut ſi pecora præcipitata ſunt, in factum civilis, ſive utilis actio damni injuriæ quaſi ex lege Aquilia, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq. l. 51. de furt.*

Vel ipſas feneſtras, &c.] *l. 50. §. pen. l. 54. §. pen. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Verba*, ope conſilio, *ſeparatimne accipienda, an conjunctim?*

2 *Explicatur homonymia verbi* conſilium, *& effectus ſecundum ſingula ſignificata indicantur. & n. 3.*

NOnnumquam & ille furti tenetur, qui ipſe furtum non fecit, id eſt, rem ipſe non contrectavit; veluti is, cujus ope, conſilio, furtum factum eſt; in quem prodita eſt hæc formula, *ope, conſilio tuo, furtum factum eſſe aio*, *l. ſi ſervus. 27. §. ſi quis. 21. ad leg. Aquil.* Illud ſatis expeditum
1 non eſt, verba hæc, *ope, conſilio*, ſeparatim accipienda ſint, an conjunctim. Nam Paulus reſpondet, ſeparatim accipienda, idque convenienter ſententiæ Labeonis, quod aliud ſit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui conſilio furtum facit, *l. ſæpe. 53. §. ult. de verb. ſign.* Idem quoque Ulpianus non obſcurè indicat *l. ſi quis. 52. in pr. & §. neque verba. 19. hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel conſilium dare.* & clarius in *l. 6. de condict. furt.* qui etiam alibi hæc ſic diſtinguit: *Conſilium*, inquit, *dare videtur, qui perſuadet & impellit, atque inſtruit conſilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui miniſterium atque adjutorium ad ſurripiendas res præbet, l. in furti. 50. § pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non ſolùm cujus ope & conſilio ſimul furtum factum eſt; ſed etiam is, qui vel conſilium tantùm dedit, vel tantùm opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verùm ex adverſo conjunctim potius utrumque factum accipiendum eſſe, neque alterum abſque altero furti quempiam obſtringere, multis locis ſignifieari videtur, uti in *l. qui ſervo 36. in fin. pr. l. in furti. 50. §. 1. hoc tit. l. ſi ſervus. 27. §. ſi quis. 21. ad leg. Aquil.* atque ab ipſo adeo Paulo in *d. l. ſæpe. 53. §. ult. de verb. ſign.* cùm ait, poſt veterum auctoritatem eo perventum eſſe, *ut nemo ope videatur feciſſe, niſi & conſilium malignum habuerit, nec conſilium habuiſſe noceat, niſi & factum ſecutum fuerit.* Denique hoc ipſo loco in calce §. noſtri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantùm conſilium dedit atque hortatus eſt ad furtum faciendum. Sic ſentio, utrumque factum ſeorſum ad obligationem furti ſufficere, vel inquam conſilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope conſilio*, ſæpe conjunctim proponuntur, aut in hypotheſi utrumque factum concurrit, protinus ſequitur, furti non aliter agi poſſe, quàm ſi utrumque coneurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. ſæpe. 53.* aut Juſtiniani hoc §. ſententia eſt, ut planum fiet explicata homonymia, quæ eſt in verbo *conſilium*.
Triplex verò hujus verbi in re propoſita uſurpa- 2
tio eſt. Nam aliquando generaliter verbo conſilii ſignificatur malitioſum propoſitum, ſeu animus doloſus: quo ſenſu nemo dici poteſt ope furtum facere ſine conſilio, *l. in furti. 50. §. 2. l. ſi pignore. 54. §. pen. h. t.* verbi gratia, qui furi ſcalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peterentur, furti non tenetur: atque hoc eſt, quod ſibi vult Juriſconſultus *d. l. ſæpe. 53. in fin. de verb. ſign.* Nonnumquam conſilium uſurpatur pro ſimplici ſuaſione ſeu monitione, veluti ſi quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto ſibi pecuniam quærat: cujuſmodi ſimplex conſilium furti neminem obligat, quantumvis furtum ſecutum ſit; quod ſignificat Juſtinianus in fine hujus text. Tertio conſilium ſtrictius accipitur, ut ſit idem, quod perſuaſio, impulſio, ſimulque inſtructio ad furtum faciendum; quale eſt, exempli cauſa, ſi quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia repoſita eſt, commonſtret: in quo ſignificatu conſilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipſo furto præſtatur, deſignat, *d. l. in furti. 50. §. pen.* Hæc conſil i ſpecies, etſi nullum porro miniſterium ſeu opera accedat, conſulentem obligat; utique ſi alter conſilium datum

ſecu-

Digitized by Google

ſecutus furtum commiſerit: nam ſi ille relicto conſilio à furto abſtinuerit, verius eſt, nec eum, qui tale conſilium dedit, furti obſtringi, *arg. l. qui ſervo. 36. pr. l. ſi quis. 52. §. neque. 19. h. t. d. l. ſæpe. 53. §. 1. in fin. de verb. ſign.* quo loco, quod notandum eſt, Juriſconſultus primum voce conſilii intelligit malignum propoſitum & ſcientiam opem ferentis, mox perſuaſionem atque inſtructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejuſd. §. 1.*

Qui ſibi nummos excuſſit, &c.] *l. ſi quis. 52. §. ſi quis. 13. hoc tit.* Sabinus hoc caſu etiam in factum dari poſſe actionem ait, *l. ſi ſervus. 27. §. ſi quis. 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. c. 18.* refert, furem eſſe hominis judicatum, qui cùm fugitivus præter oculos domini forte iret, obtentu togæ tamquam ſe amiciens, ne videretur à domino, obſtitiſſet.

Qui panno rubro] *l. in furti. 50. §. ult. h. t.* Tauros & boves rubicundi coloris adſpectu excitari & furorem eis acui, ſcribit Seneca *lib. 3. de ira cap. 30.* Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin. cap. 16.* cùm quærit, an taurus is, cujus cor in ſacrificio non erat inventum, conſpecta Cæſaris purpura ſic expaverit, & terrore exanimatus ſit, ut repente cor amiſerit?

Per laſciviam] Si quis non furti faciendi cauſa, ſed per petulantiam quid eorum, quæ dicta ſunt, fecerit, non actione furti, ſed in factum tenetur, *d. l. in furti. 50. §. ult.* Quod ſi res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quaſi ex lege Aquilia datur: neque hìc diſtinguitur, furti faciendi animo, an per laſciviam quid factum fuerit, *l. ſi ſervus. 27. §. ſi quis. 21. ad leg. Aquil. l. nam &. 51. hoc tit.*

Qui ſcalas feneſtris ſuppoſuit] Qui vel oſtium effregerit, vel ferramenta ſciens commodaverit ad effringendum oſtium vel armarium, vel ſcalam ſuppoſuerit, vel ſciens commodaverit ad adſcendendum, licet nullum ejus conſilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. ſi pignore. 54. §. pen. hoc tit.* VINN. Si ergo furti tenetur, licet nullum ejus conſilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit; manifeſtum ſanè eſt, non conjunctim opem & conſilium in jure noſtro requiri, ſed alterutrum ſufficere ad inſtituendam actionem furti. Vid. Em. Merill. *Obſ.* 11. 39. Bachov. *ad Treutlerum. Vol. 2. diſp. 30. p. 315. ſequ.* Conciduut itaque quæ in contrarium adferunt Jul. Pac. ἐναντιοφ. IV. 25. Donell. *Comm. XV.* 29. HEIN.

Tantùm conſilium dedit atque hortatus eſt] Quod ante diximus, ob ſimplex conſilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamſi furtum ſecutum fuerit, id verum eſſe, perſpicue oſtendit hic noſter textus; quem proinde male nonnulli ſic limitant, niſi furtum fuerit ſecutum: nam ſi furtum ſecutum non ſit, nec is, qui furem conſilio inſtruxit, aut inſtrumenta ad furtum faciendum ſciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non poteſt. Hodie in univerſum mitius, quàm fures, puniuntur, quorum ope, conſilio, furtum factum eſt. Neque enim in caput aut corpus eorum ſævitur, niſi in ipſo actu furandi auxilium furibus præſtiterint, ut hìc docent interpretes.

TEXTUS.

De his, qui ſunt in poteſtate. Et de ope ac conſilio extranei.

12. *Hi, qui in parentum, vel dominorum poteſtate ſunt, ſi rem eis ſurripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam cauſam cadit, nec ob id ab ullo uſucapi poteſt, antequam in domini poteſtatem revertatur: ſed furti actio non naſcitur, quia nec ex alia ulla cauſa poteſt inter eos actio naſci. Si verò ope & conſilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum eſt, ope & conſilio ejus furtum factum eſſe.*

NOTÆ.

12. *Sed furti actio non naſcitur*] Quia pater & dominus privatæ animadverſionis jus habent, *l. 17. de furt.* vel quia non magis cum his, quos in poteſtate habemus, quàm nobiſcum ipſi agere poſſumus, *l. 16. eod.* niſi filius habeat caſtrenſe peculium, *l. 4. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur ſervi & filii furtum nobis facientes furti non teneantur?*
2 *Quid ſi filius caſtrenſe peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi?*
3 *Furtorum domeſticorum coercitio vetus & hodierna.*

SErvi & filiî noſtri furtum quidem nobis faci- 1
unt, ipſi autem furti non tenentur. Cujus
rei duplex affertur ratio: tum quod dominus &
pater in ſervum & filium privatæ animadverſio-
nis jus habent, *l. ſervi. 17. hoc tit.* qua eadem ra-
tione placet, nec libertum patrono, nec merce-
narium patrif. furtum facientes actione furti con-
veniri poſſe, *l. ſi libertus. 89. eod.* tum quod non
magis cum his, quos in poteſtate habemus, quàm
nobiſcum ipſi agere poſſumus, *l. nec cum. 16. eod.*
Et domino quidem nulla umquam cum ſervo
actio eſſe poteſt; at poteſt aliquando patri lis eſſe
cum filio, quem in poteſtate habet, nempe ſi fi-
lius caſtrenſe habeat peculium, atque ex ea cau-
ſa conveniatur, *l. 4. de judic.* Quid ergo ſi filius 2
caſtrenſe peculium habens furtum patri fecerit?
Defendi poteſt, utili actione eum teneri, cùm
habeat, unde ſatisfaciat, *l. ſi quis. 52. §. ſed ſi. 5. hoc tit.* Ex converſo quoque ſi pater rem ca-

ſtren-

ſtrenſis peculii filii ſubtraxerit, furti patrem teneri, reſponſum eſt, *d.l.52.§.an autem.6.* quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famoſa, qualis eſt furti, filio adverſus patrem datur, *l.5. de obſeq. par. præſt.* Vinn. Sed quæ ratio adverſus libertos, clientes, mercenarios furti agere vetuit? Non ſatisfacit ſanè, quod adfert Vinnius, patronum habuiſſe jus coercendi. Nam nec id expeditum eſt, & ſaltim, quod ad clientes & mercenarios, falſiſſimum. Ratio itaque unicè in eo quærenda videtur, quod hujuſmodi furtum eſſet domeſticum, adeoque mitius videretur puniendum. *l.11.§.1. ff. de pœn.* Quamvis vero ea lex de criminali perſequutione loquatur, eadem tamen ratio etiam vetare potuit, quo minus famoſa actione pulſari potuerint. Suffecit ergo & hìc actio in factum. Hein.

Si verò ope & conſilio] *l.qui ſervo. 36.§.1.h.t.* Et non quoque conſequens eſt ei, quod dixit verè in propoſito furtum fieri. Pari ratione ſi quis uxori res mariti ſubtrahenti opem conſiliumve accommodaverit, furti tenetur, etſi illa non teneatur, ſed rerum amotarum, *d. l.ſi quis.52.pr.* junct.
3 *l.1. & 2.de act. rer. amot.* Furta domeſtica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quàm alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præſertim ſi viliora ſunt, publicè ea vindicari vetant, *l. perſpiciendum. 11.§.1. de pœn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permiſſa erat ipſi patrif. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab uſu receſſit, non minus ſeverè hæc, quàm cætera furta publicè nunc vindicanda cenſeo cum D. Tuldeno *comm. hic. c. 3. in fin.* add. Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

Textus.

Quibus datur actio furti.

13. *Furti autem actio ei competit, cujus intereſt rem ſalvam eſſe, licet dominus non ſit. Itaque nec domino aliter competit, quàm ſi ejus interſit rem non perire.*

Commentarius.

1 *Temperatio regulæ à Juſtiniano hìc traditæ.*
2 *Remotio eorum, quæ huic loco obſtare videntur.*

Docet hìc Juſtinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum intereſt, furtum factum non eſſe; mox quaſi hoc amplians ſubjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non ſit, cui res ſurrepta eſt, denique nec ipſi domino aliter furti actionem competere, quàm ſi ejus interſit rem ſalvam eſſe: quæ omnia indigent
1 explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa ſic temperanda eſt, ſi interſit ex honeſta cauſa, *l.10.c.cum ſeq.h.t.* Neque enim furti aut malæ fidei poſſeſſori, quamvis eorum interſit rem non ſurripi, actio furti datur: cùm nemo ex improbitate ſua actionem conſequi debeat, *l.itaque. 12. §.1. l.eum qui.14 §.3.& 4.l.qui re.76.§ 1.eod.* Ab Ulpiano tamen unus caſus profertur, quo fur furti agere poteſt, *l. qui vas 48 §. ſi ego.4.eod.* Illud in univerſum hìc tenendum, ſufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit, cùm furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interſit, ut docet Juriſconſultus *l.inter omnes.46.in pr eod.* Quod verò addit Juſtinianus, *licet dominus non ſit*, ei multa obſtare videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita eſt, actio furti denegatur ſolùm ob hoc, quod dominus non eſt, 2
§. 3. ſup.de empt. d.l.14. in pr. junct. *l. ſi vendidero. 80. h.t.* cùm tamen conſtet, emptoris etiam hìc intereſſe, quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita ſit, omne damnum pertineat, *d.§.3.de empt.* Deinde etſi creditoris intereſt habere idoneum debitorem, ſcribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris ſurreptam furti agere non poſſe, quamvis aliunde creditum ſervare nequeat, *l.interdum. 46. h.t.* Denique traditum eſt, nec eum, cui ex ſtipulatu vel teſtamento res aliqua debetur, ea ſurrepta actionem furti habere, quamvis ejus interſit, *l. is cujus. 85. in fin. eod.* Cæterum ad hæc reſpondemus, quod dicitur actionem furti dari iis, quorum intereſt, etſi domini non ſunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo intereſt, rem ſalvam eſſe, aut non ſurripi; ſed ad eos duntaxat, quorum culpa res ſurrepta eſt, cùm ea ex voluntate domini ſuo periculo tenerent, veluti ex cauſa commodati, locati, pignoriſve accepti, *d. l. 14. §.an pater. 10. & multis ſeqq. hoc tit.* Atque hoc perſpicuè etiam 4
docet Paulus *d. l. is cujus. 85.in pr. eod.* Poſtremo quod Juſtinianus ait, nec domino actionem furti competere, niſi interſit rem non perire, in eo reſpicit ad caſus jam dictos, & qui tractantur §§. *proximè ſeqq.* quibus ſcilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejuſve æſtimationem conſequendam adverſus alios habet. Nam extra hujuſmodi caſus ſolum dominium vicem obtinet ejus, quod intereſt, ut oſtendit *l.ſi vendidero. 80. pr. hoc. tit.* ubi venditori, re ante traditionem ſurrepta, actionem furti competere Papinianus ſcribit, quoniam ejus interſit duplici de cauſa, vel ideo, quod adhuc dominus eſt, vel quia ad præſtandas actiones tenetur. Vinn. Regula haud paullo accuratiùs dari videtur in *l. 71. fin. ff. de furt. Intereſſe ejus videtur, qui damnum paſſurus, non ejus, qui lucrum facturus eſt.* Caſus à Vinnio adlati huc non pertinent, quia emptor, creditor, legatarius rem furto ablatam ne naturaliter quidem poſſederunt. Hein.

Tex-

TEXTUS.

De pignore ſurrepto Creditori.

14. *Unde conſtat, creditorem de pignore ſurrepto furti actione agere poſſe, etiamſi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quàm in perſonam agere; adeo quidem, ut quamvis ipſe debitor eam rem ſurripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

NOTÆ.

14. *Pignori potius incumbere*] *l. 25. de reg. jur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamſi culpa ejus abſit, aut debitor ſolvendo ſit, *d. l. 12 §. ult.* adeoque licet ipſe debitor rem ſurripuerit, *§. 10. ſup. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus de cauſis creditori in propoſito actio furti detur: & quid interſit, adverſus dominum, an extraneum experiatur?*

IN numero eorum, quorum intereſt rem non ſurripi, & qui ex ea cauſa furti actionem habent, quamvis non ſint domini, in primis creditor eſt: non quidem ſi ſurrepta ſit res quævis debitoris, ſed ſi ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipſe eam ſurripuerit, an extraneus, *l. itaque. 12. §. ult. l. eum qui. 14. §. 5. & 6. & §. qualis. 16. l. in actione. 19. §.*
1 *pen. & ult. l. interdum. 49. hoc tit.* Duplici verò reſpectu ac ratione hic intereſt creditoris, actioque furti ei datur: tum quia ad rem, ſi culpa ejus ſurrepta eſt, reſtituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui. 14. §. idem ſcribit. 6.* tum quia etiamſi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de cauſa adhuc ejus intereſt: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quàm in perſonam agere, juxta *l. plus cautionis. 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etſi culpa ejus abſit, aut debitor ſolvendo ſit, *d. l. itaque. 12. §. ult.* eoque amplius licet ipſe debitor rem ſurripuerit; de quo dictum *ſup. §. aliquando. 10.* Quamvis autem in propoſito creditori æquè adverſus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc intereſt, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æſtimatio ipſius pignoris: agenti verò contra dominum ſumma pecuniæ debitæ cum uſuris, *l. creditori. 87. eod.* Item quod priore caſu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, reſtituere teneatur: poſteriore, quod ipſe debitor furti actione præſtitit, creditoris lucro cedat, *l. ſi pignore. 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de diſtr. pignor. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

TEXTUS.

De re fulloni, vel ſarcinatori, ve bon. fid. emptori ſurrepta.

15. *Item ſi fullo polienda curandave, aut ſarcinator ſarcienda veſtimenta mercede certa conſtituta acceperit, eaque furto amiſerit, ipſe furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil intereſt eam rem non perire, cùm judicio locati à fullone aut ſarcinatore rem ſuam perſequi poſſit. Sed & bonæ fidei emptori ſurrepta re, quam emerit, quamvis dominus non ſit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni verò & ſarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam ſi ſolvendo fuerint, hoc eſt, ſi domino rei æſtimationem ſolvere poſſint. Nam ſi ſolvendo non ſint, tunc quia ab eis ſuum conſequi non poſſit, ipſi domino furti competit actio: quia hoc caſu ipſius intereſt, rem ſalvam eſſe. Idem eſt & ſi in parte ſolvendo fuerit fullo aut ſarcinator.*

COMMENTARIUS.

1 *Diſcrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*
2 *Cur bonæ fidei emptoris dumtaxat hic fiat mentio?*

ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, 1
ſed ita, ſi culpa ejus res ſurrepta ſit, *l. eum qui. 14. §. quod ſi. 12. hoc tit.* nam tunc etiam conductoris intereſt rem non ſurripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æſtimationem: neque, ut creditor, reſtituere cogitur, quod actione furti conſecutus eſt, *l. 6. locat.* At ſi ſine culpa conductori res ſurripiatur, ſolus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc ſolius intereſt, actione locati eo caſu deficiente, *d. l. eum qui. 14. §. idem ſcribit. 6.* Fullo autem ſemper agit, quoniam cuſtodiam præſtare debet, *§. ſeq. l. itaque. 12. pr. eod.* id eſt, fullo furti actionem habet, etiam ſi ſine culpa ejus res furto amiſſa ſit, modo ne caſu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantùm culpam præſtat, ſed ut illi, qui operam offerunt, etiam leviſſimam, ſeu ut noſtri loquuntur, & culpam & diligentiam. De ſartore idem habendum; repete quæ notavimus *ſup. ad § pen. de locat.*

Bonæ fidei emptori ſurrepta, quam emerit] Atque emptam ab eo, quem dominum eſſe putabat, acceperit: nam antequam res tradita eſt, furti actio emptori non competit, *d. l. 14. pr. h. t.* Conſulto autem bonę fidei emptoris tantùm hìc fit men- 2
tio:

Digitized by Google

ſio: quoniam ei, qui titulo lucrativo poſſidet, placet furti actionem non dari: cùm non ejus, qui lucrum facturus, ſed qui damnum paſſurus eſt, intereſſe videatur, *l. ejus rei. 71. §. 1. eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque. 2. §. 1. hoc tit.*

Omnino competit] In aliis eſt, *omnimodo*, nempe ſive ſolvendo ſit bonæ fidei emptor, ſive non ſit: Cujac. nam emptoris ſemper intereſt propter pretium, quod ei abeſt. In fullone autem & ſarctore id ſecus eſſe, mox docetur. Quanta igitur hìc æſtimatio facienda? Reſponſum eſt, ſi dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus intereſt, æſtimari, domino autem duplo, quanti res eſt, *l. furtivam 74. hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipſius pretium rei duplari.

Non aliter, quàm ſi ſolvendo] Fulloni & ſarcinatori cæteriſque conductoribus actio furti non aliter competit, quàm ſi ſolvendo ſint. Nam, ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil eſt, *d. l. itaque. 12. eod.* Solvendo autem eſſe nemo intelligitur, niſi qui ſolidum ſolvere poteſt, *l. ſolvendo. 114. de verb. ſign.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Quæ de fullone & ſarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res eſt, transferenda veteres exiſtimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo, cuſtodiam præſtat, ita is quoque, qui commodatum utendi cauſa accepit, ſimiliter neceſſe habet cuſtodiam præſtare. Sed noſtra providentia etiam hoc in noſtris deciſionibus emendavit, ut in domini voluntate ſit, ſive commodati actionem adverſus eum, qui rem commodatam accepit, movere deſiderat, ſive furti adverſus eum, qui rem ſurripuit; & alterutra earum electa, dominum non poſſe ex pœnitentia ad alteram venire actionem: ſed ſiquidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: ſin autem commodator veniat adverſus eum, qui rem utendam accepit, ipſi quidem nullo modo competere poſſe adverſus furem furti actionem; eum autem, qui pro re commodata convenitur, poſſe adverſus furem furti habere actionem. Ita tamen, ſi dominus ſciens rem eſſe ſurreptam, adverſus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem neſcius & dubitans rem eſſe ſurreptam, apud eum commodati actionem inſtituerit, poſtea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adverſus furem venire, obſtaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus conſtitutus movit adverſus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem; niſi domino ab eo ſatisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; ſuppoſitum autem eſſe ei, qui pro re ſibi commodata domino ſatisfecit: quum manifeſtiſſimum ſit, etiamſi ab initio dominus actionem commodati inſtituerit, ignarus rem eſſe ſurreptam, poſtea autem hoc ei cognito, adverſus furem tranſierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque cauſa exitum dominus adverſus furem habuerit: eadem definitione obtinente, ſive in parte, ſive in ſolidum ſolvendo ſit is, qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

16. *In noſtris deciſionibus*] Scriptæ ſunt à Juſtiniano poſt priorem Codicis editionem 50. leges, quas deciſiones appellavit, propterea quod maximas quaſque veterum controverſias dirimunt. Harum una eſt, quam hìc ſignificat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc eſt ſumma. Dat in propoſito Juſtinianus domino optionem, ut is pro libitu ſuo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere poſſit. Cæterum electione ſemel facta, non liceat variare, niſi ex cauſa ignorantiæ, idque ante factam ſolutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem eſſe ſurreptam, &c.] Cujac. *rem non eſſe ſubreptam apud eum, commodati actionem*, &c. & ita legitur in *d. l. ult.*

Quemcumque exitum dominus habuerit] Id eſt, ſive contra furem agens vicerit, ſive victus ſit, aut fur non fuerit ſolvendo. Theoph.

COMMENTARIUS.

HOc admiſſo, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ ſunt, etiam commodatario ſurrepta re commodata eadem actio danda fuit; quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quàm ad creditorem pigneratitium aut ſimplicem conductorem; cùm hic culpam duntaxat levem, ille etiã leviſſimam præſtet. *l. 5. §. 2. commod. §. 2. ſup. quib. mod. re contr. obligat.* unde commodatarius in eadem cauſa cum fullone hìc ponitur. Atque hoc etiam conſtanter à veteribus traditum eſt, *d. l. 5. in fin. & 2. ll ſeqq. commod. l. eum qui. 14. §. ſi res. 14. cum §§. ſeqq. hoc tit. l. ſi uxori. 28. rer. amot.* quod tamen ab iis ſic acceptum fuit, ſi commodatarius ſolvendo eſſet, *arg. l. itaque. 12. pr. hoc tit.* Juſtiniano autem viſum eſt, non debere commodatario, qui gratuitum uſum habet, idem jus hìc concedi, quod illis tribuitur, qui pro uſu rei mercedem præſtant, aut pro mercede operam. Cùmque

inter veteres non ſatis conveniret, an ſi furti tempore commodatarius ſolvendo eſſet, poſtea verò fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, dominone, an commodatario, ſi hic ex parte tantùm ſolvendo eſſe comperiretur; hanc ſimul contentionem ſuſtulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu ſuo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere poſſet. Cæterum electione ſemel facta, non liceret variare, niſi ex cauſa ignorantiæ, idque ante factam ſolutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret, *l. ult. C. hoc tit.*

TEXTUS.

De re depoſita.

17. *Sed is, apud quem res depoſita eſt, cuſtodiam non præſtat; ſed tantùm in eo obnoxius eſt, ſi quid ipſe dolo malo fecerit: qua de cauſa, ſi res ei ſurrepta fuerit, quia reſtituendæ ejus rei nomine depoſiti non tenetur, nec ob id cujus intereſt rem ſalvam eſſe, furti agere non poteſt; ſed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. *Furti agere non poteſt*] Niſi convenerit, ut culpam quoque præſtet, §. *pen. tit. ſeq.* aut ſe depoſito obtulerit, *arg. l. 1. §. 35. depoſ.*

COMMENTARIUS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

RE depoſita ſurrepta placet, domino, non depoſitario, actionem furti dari, *l. eum qui. 14. §. 3. hoc tit.* Et merito placet: neque enim intereſt depoſitarii, rem non ſurripi, qui præter fidem nihil præſtat, §. *pen. ſup. quib. mod. re cont. oblig.* Quod ſi dolo ejus furtum factum ſit, jam quidem ejus intereſt, quia tenetur actione depoſiti: ſed nihilo magis actionem furti habet; quoniam nemo ex dolo & improbitate ſua actionem conſequitur, *l. itaque. 12. §. 1. d. l. eum qui. 14. §. 3. h. t.* Quid verò ſi convenerit, ut culpam quoque præſtet? aut quid ſi depoſito ſe obtulit, pretiumve depoſitionis, quaſi honorarium, acceperit? Ratio juris poſtulare videtur, ut hìc ipſi depoſitario actionem furti demus, eo quod his caſibus rem ſuo periculo tenet, *d. l. eum qui. 14. §. qualis. 16. eo-*
1 *dem. §. furti. 13. ſup. eod.* cùmque id etiam ſatis manifeſtè evincat §. *pen. tit. ſeq.* omnino verum eſſe exiſtimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in *d. l. 2. §. & generaliter. 23. & ſeq. 24. vi bon. rapt.* mendoſum eſſe; nimirum perperam principium *d. §. 24.* ſeparari à fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & ſic legendum: *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi, vel pretium depoſitionis, non quaſi mercedem, accepi*: hinc demum novum §. inchoandum; *Utilius dicendum eſt, &c.*

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. *In ſumma ſciendum eſt, quæſitum eſſe, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi conſiſtit, ita demum obligari eo crimine impuberem, ſi proximus pubertati ſit, & ob id intelligat ſe delinquere.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex impuberibus ſolos pubertati proximos delicti & pœnæ capaces eſſe.*
2 *Quæ concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto ſuſtineant?*
3 *Capite plectendos non eſſe, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUod hìc traditur, quæſitum eſſe, an impu- 1
bes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæſitum eſt. Et quoniam maleficia ex voluntate & propoſito delinquendi æſtimantur, *l. qui injuriæ. 53. hoc tit. cap. illud relatum. 15. q. 1.* non poſſunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii eſſe debent infantes, *l. impuberem. 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans. 12. ad leg. Corn. de ſicar. Clem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe quos non minus, quàm infantes, innocentia conſilii tueri debet, *arg. §. pupillus. 9. ſup. de inut. ſtip.* Gomez. 3. *reſol.* 1. *num.* 57. quod certius apparebit ex ſequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpam cadere poteſt, ita & impuberes, qui hujus ætatis ſunt & doli capaces, delinquere poſſunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum. 111. de reg. jur. l. impuberem. 23. hoc tit. l. 2. §. 19. vi bonorum rapt. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur. 14. de ſenat. Silan. l. 3. §. 1. de ſepulchr. viol. cap. 1. & 2. de delict. puer.* Duo verò hæc concurrere de-
bent, ut impuberes infantiam egreſſi ex delicto 2
pœnam ſuſtineant; ut non procul abſint à pubertate; ut doli ſint capaces: nam hoc ex illo non præſumitur, ut rectè docet Boer. *in add. ad Decium in l. fere. 108. de reg. jur.* Atque huc accommodari poteſt locus Apuleji *apol. 2.* ubi in hujuſmodi pueros his verbis declamat: *Sed enim malitia præcoci puerum quis non averſetur atque oderit? cùm videat velut monſtrum quoddam prius robuſtum ſcelere quàm tempore, ante nocentem quàm potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia pernicioſius eſt: & nondum pœnæ, jam injuriæ ſufficit.* Sed & delictum tale eſſe debet, quod in facto, non in omiſſione aut nuda negligentia conſiſtat,

l. 2. C. ſi adv. del. Gomez. *d. reſol. n. 59.* item quod jus commune ſeu naturale violet, non merum civile aut poſitivum, *cap. 2. x. de del. puer.* Poſtre-
3 mo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiſerit, plectendum non eſſe, ſed mitiore, quæ intra ſupplicium mortis conſiſtat, cenſent interpretes. Gomez. *d. loc n. 63.* quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non niſi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam ſine amputatione membri. Clar. *§. ult. quæſt. 60.* quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiſerim, per *l. auxilium. 37. §. 1. de minor.* Gomez. *d. loc. n. 62. & ſeq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adulteria aut ſtupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. ſi minor. 36. ad leg. Jul. de adult.* Gomez. *d. reſolut. num. 59.* ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter conſtituerunt *cap. fin. de deſponſ. impuber.* id transferendum non eſſe ad exacerbandas pœnas juris civilis. Add. D. Tulden. *in C. ſi adv. del. & comm. hic. cap. 6.*

Textus.

Quid veniat in hanc actionem: Et de affinibus actionibus.

19. *Furti actio, ſive dupli ſive quadrupli, tantùm ad pœnæ perſecutionem pertinet. Nam ipſius rei perſecutionem extrinſecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo poteſt auferre. Sed rei vindicatio quidem adverſus poſſeſſorem eſt, ſive fur ipſe poſſideat, ſive alius quilibet. Condictio autem adverſus furem ipſum, hæredemve ejus, licet non poſſideat, competit.*

Notæ.

19. *Tantùm ad pœnæ perſecutionem*] *§. 18. inf. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Poteſt & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam, *l. ult. de furt.*

Extrinſecus] Id eſt, *aliunde*. Furti actio pœnam perſequitur legitimam, condictio rem ipſam: quæ res facit, ut altera alteram non conſumat, *l. 7. §. 1. de cond. furt.*

Furem hæredemve ejus] Quia condictio furtiva rei habet perſecutionem, *l. 7. § 2. de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur, quia pœnalis eſt ex maleficio: cujuſmodi actiones in hæredem non dantur, niſi lis cum defuncto conteſtata fuerit, *§. 1. inf. de perp. & temp. act.*

Commentarius.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali?*
2 *Vindicatio & condictio rei furtivæ cur ſoli domino competant?*
3 *Adverſus quos hæ actiones dentur?*
4 *Cur condictio in hæredem detur, cùm actio furti non detur?*
5 *An hæres condictione furtivâ teneatur in ſolidum?*

Actio furti ſive manifeſti ſive nec manifeſti merè pœnalis eſt, id eſt, ſolius pœnæ perſecutionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipſa reſtituenda ſit, *§. ex maleficiis. 18. inf. de action.* Eſtque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio, & condictio, quarum altera quidem alterius electione conſumitur, ſed neutra earum conſumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus ſalva eſt furti actio, *l. ſi pignore. 54. §. cum furti. 3. hoc tit. l. 7. §. 1. de condict. furt.* Illud quæritur, an is, qui furti civiliter 1
egit, & pœnam conſecutus eſt, poſſit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam? Et verius eſt, non poſſe, ſed altero judicio alterum conſumi, *l. interdum. 56. §. 1. hoc tit.* Neque obſtat *l unic. C. quand. civil. action. crimin. præjud* Nam regula *d. l. unic.* pertinet ad actiones civiles rei perſecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus. vid. Cujac. 20. *obſerv. 26.* Beſold. *ad tit. de furt. quæſt. 7.* dict. Gomez. 3. *reſol. 5. n. 4.* add. Chriſtin. *vol. 4. deciſ.* 201. Illud certum eſt, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæreſve ejus ad rem reſtituendam efficaciter conveniri poſſint. Beſold. *quæſt. 7.*

Habet dominus] Furti actio datur omnibus, quorum intereſt furtum factum non eſſe, *§. furti. 13. ſup.* At rei furtivæ perſecutio ſoli domino 2
competit, ſive de vindicta quæratur, ſive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure dominii dumtaxat datur, *d. §. ex maleficiis. 18. inf. de action. l. 1. l. 10. §. ult. de condict. furt.* Quod ſolus dominus rem ſurreptam vindicare poteſt, mirum non eſt, cùm nemo actionem in rem habeat, niſi qui dominus ſit, *l. in rem. 23. de rei vind. l. act. 25. de obl. & act. §. 1. infr. de act.* Quod autem domino adverſus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum eſt odio furum. Nam regulariter ſuam rem nemo condicere poteſt, *l. ult. in fin. uſusfr. quem. cav. §. itaque. 14. inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus intereſt, etſi dominus non ſit? Quoniam ejus ſolius eſt rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, niſi domini. Vinn. Datur tamen condictio furtiva etiam bonæ fidei poſſeſſori, *l. 136. ff. de R. I.* tutori ſi pupillo quid ſurreptum, *l. 56. §. pen. ff. de furt.* & denique fructuario perceptis jam fructibus, *l. 12. §. 5. ff. de uſufr.* Heil.

Rei vindicatio adverſus poſſeſſorem] Quemcumque, ſive fur ſit, qui poſſideat, ſive alius: nam in rem actio ſemper adverſus eum eſt, qui rem poſſidet, *l. actionum. 25. de obligat. & action. §. 1. inf. de action.*

Digitized by Google

Adverſus furem] Condictione furtiva num-
3 quam alius tenetur, quàm fur ipſe hæreſve ejus, *hoc text. l. 5. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id eſt, eum, qui ipſe furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5.* nam is, cujus ope conſiliove furtum factum eſt, tenetur quidem etiam furti, ſed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *l. 6. de condict. furt.* Planè ſi res aliter adverſus furem ſalva eſſe non poteſt, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in ſubſidium, *l. ſæpe. 53. §. ult. de verb. ſign. & ibi* Alciat.

Hæredemve ejus, licet non poſſideat] Rei vindicatio adverſus omnes competit, qui rem poſſident, ſed adverſus eos ſolos. Itaque nec adverſus furem hæredemve ejus aliter competit, quàm ſi poſſideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non poſſidet, ſed adverſus furem tantùm hæredemve ejus, *hoc text. l. 1. de cond.*
4 *furt. l. 1. de priv. delict.* Quod condictio etiam in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam conſtat in hæredem non tranſire, niſi lis cum defuncto conteſtata ſit, *§. 1. infr. de perp. & tempor. action.* Cur verò tam variè? neque enim minus condictio rei furtivæ ex cauſa maleficii deſcendit, quàm actio furti, *l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. de cond. furt. l. ſi ambo. 10. §. 2. de compenſ. l. 3. §. pen. de pecul. l. mulier. 21. §. pen. de act. rer. am. l. ceſſat. 36. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei perſecutoria eſt, altera pœnalis; id eſt, quia condictio furtiva tantùm comparata eſt ad perſequendum id, quod ex patrimonio nobis abeſt; furti actio ad puniendum ipſum maleficium, *l. 7. §. 2. de cond. furt.* junct. *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis, tranſitura utique, ſi ultra damnum datum lis numquam æſtimaretur, *§. his autem. 9. inf. de leg. Aquil.* Eſtque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod re- 5
gula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta eſt de iis, quæ pœnales ſunt ex maleficio, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action. l. hæc actio. 13. de ſerv. corr. l. 1. de priv. del. l. ſicuti. 38. l. pœnalia. 164. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur. & ſimil.* An igitur condictione ex cauſa furtiva tenebitur hæres furis in ſolidum? Sic ſentio. Nam prætérquam quod hoc diſertè reſponſum eſt in *l. 9. de cond. furt.* moveor eo, quod numquam actio in hæredem abſolutè dari dicitur, cùm non datur in ſolidum; cùm autem catenus tantùm datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari ſimpliciter negatur, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. act. d. §. his autem. 9. inf. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. in hæredem. 26. de dol. l. 1. de priv. del. l. 2. § ult. vi bon. rapt. l. Julianus. 16. de jud. l. 13. de ſerv. corr. l. 9. §. 1. quod falſ. tut. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. ad leg. Aquil. l. 3. §. penult. ſi menſ. falſ. mod. l. in honorariis. 35. de oblig. & act. l. ſicuti. 38. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur.* & ſexcentis aliis locis. Dicitur ſanè, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, niſi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in *l. un. C. ex del. defunct.* Sed iſtæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & fere ſemper fit, conceptæ, ſic accipiendæ ſunt, ſi agatur de eo, quod defunctus deliquit, ſive ad pœnam: atque hæc communis eſt DD. ſententia. Diſſent. Cujac. *7. obſerv. 37. & 13. obſ. 39.* Vultei. *hic.* Lyclam. *1. memb. 18. & lib. Benedict. paſſim.* Quorum argumentis occurrimus ſub *§. 1. inf. de perpet. & temp. action.* Adde Ant. Fabr. *4. conject. 1.* Donell. *ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

TITULUS SECUNDUS.
DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. Lib. 47. Tit. 8. C. Lib. 9. Tit. 33.

Continuatio. Violentiæ varia genera, & de qua hic agitur.

SEcunda ſpecies delicti privati rapina dicitur, inter quam & furtum hoc intereſt, quod furtum eſt clandeſtina rei alienæ ablatio; rapina violenta. Eſt verò hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis eſt adverſus bonos mores, magiſque turbat quietem publicam, quàm clandeſtina rerum amotio. Qua de cauſa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Inſcribitur hic titulus *De vi bonorum raptorum*. Subaudi *actione*. Quod in quibuſdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem eſt, neque vim omnem unius eſſe generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, *turbativam*, *inquietativam*, *compulſivam*, *expulſivam*, & *ablativam*. Nos inquietativam, quam vocant, ſub turbativa comprehendimus. *Turbativa eſt*, cùm poſſeſſor in poſſeſſione manens impeditur re ſua libere uti, ſive id fiat manu & corpore, ſive opere facto: illic adverſus turbantem comparata ſunt interdicta duo, *uti poſſidetis* in rebus ſoli, *utrubi* in rebus mobilibus: hic interdictum *quod vi aut clam*. *Compulſiva* vis eſt, cùm quis minis juſtoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis edicto *quod metus cauſa* coercetur. *Expulſiva* eſt, cùm quis de poſſeſſione alicujus rei dejicitur: adverſus quam comparatum eſt interdictum *unde vi*. Et præterea vindicatur hæc vis etiam ſacris conſtitutionibus, item legibus Juliis de vi publi-

ca

Digitized by Google

ca & privata, §. *recuperandæ. 6. inf. de interd. Ablativa* vis (de qua hìc agitur) eſt, quando per vim alicui res eripitur: quæ & ipſa iiſdem legibus, quibus expulſiva, coërcetur, *d. l. 2. §. 1. h. t.* & præterea ei, cui res erepta eſt, privata actio propoſita vi bonorum raptorum: quæ ſola hujus eſt loci. Juſtinianus primum originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat, adverſus quos, & quibus detur, oſtendit.

Textus.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quàm qui vi rapit? ideoque rectè dictum eſt, eum improbum furem eſſe) ſed tamen propriam actionem ejus delicti nomine prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& eſt intra annum quadrupli, poſt annum ſimpli. Quæ actio utilis eſt, etiamſi quis unam rem, licet minimam rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna eſt, ſicut in actione furti manifeſti diximus; ſed in quadruplo ineſt & rei perſecutio; ut pœna tripli ſit, ſive comprehendatur raptor in ipſo delicto, ſive non. Ridiculum enim eſſet, levioris conditionis eſſe eum, qui vi rapit, quàm qui clam amovet.*

Notæ.

Qui vi res alienas rapit] Fur ſine vi ſubtrahit, & clam aufert, *l. 59. de furt. l. 9. C. eod.* raptor vi & palam diripit. Rapi enim ſine vi non poteſt, *l. 3. §. 5. de incend. ruin.* Plaut. *Epid. act. 1. ſcen. 1. Th. Minus jam furtificus ſum quàm antehac. Ep. Quid ita? Th. Rapio propalam.*

Tenetur etiam furti] Et quidem etiam in quadruplum, ſi in ipſo delicto deprehenſus ſit, *l. 52. § ult. l. 80. §. 3. de furt.* Alias in duplum, *l. 1. l. 88. eod.* quamquam vi bon. rapt. ſemper in quadruplum.

Ridiculum &c. levioris conditionis, &c.] Gravioris enim delicti aſperior pœna eſſe debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Juliis de vi publica & privata, *d. l. 2. §. 1.*

Commentarius.

1 *An furti actione electa ſervetur eadem diſtinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto?*
2 *Quando levius ducitur, quod palam, quàm quod clam committitur?*

1 T*Enetur etiam furti*] An igitur furti actione electa, eadem diſtinctio & in rapina & in pœna rapinæ ſervabitur, quæ in furto in ſpecie ſic dicto? ut ſcilicet raptor manifeſtus, ſeu in ipſo delicto deprehenſus, quadrupli; nec manifeſtus dupli pœnam ſuſtineat? Id quidem & ratio ſuadet, & ſatis perſpicuè ſignificari mihi videtur in *l. ſi quis. 52. §. ult. l. ſi vendidero. 80. §. cum raptor. 3. de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l. 2. §. cæterum. 10. & §. penult. hoc tit.* ſimpliciter traditum eſt, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *l. 1. hoc tit. & l. ſi quis egerit. 88. de furt.* tantùm mentio fit actionis furti nec manifeſti, ex eo non protinus concludendum eſt, furti manifeſti cum raptore numquam agi poſſe. Nam vel ideo id factum dici poteſt, quoniam furti nec manifeſti actio ſemper competit, etiam adverſus raptorem manifeſtarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore,) vel quia in ſola furti nec manifeſti actione locum habet, quod illic docent Juriſconſulti, ſi quis in duplum egerit, ei adhuc ſupereſſe actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius eſt. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifeſto, ſemper in quadruplum agi poſſe; quaſi raptor non poſſit non eſſe manifeſtarius. Quod refellit *l. ſi quis. 52. §. ult. de furt.* ubi Juriſconſultus & exemplum proponit raptoris non deprehenſi, videlicet ſi quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat, & eum de bonis quidem raptis in quadruplum poſſe conveniri ſcribit; ſed furti non, niſi nec manifeſti. Sed nec conſpectio furem aut raptorem manifeſtum facit, verùm apprehenſio, aut ad apprehendendum concurſio & acclamatio, *l. 3. l. 7. § 1. & 2. de furt.*

Improbum furem eſſe] Id eſt, ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, imprudentem, audacem, atrocem. Chryſoſtomus *in Matth. hom. 53.* τοῦ δὲ κλέπτοντος ὁ ἁρπάζων χείρων. Et ſanè is, qui rapit, fur eſt improbior atque imprudentior, quàm qui clam amovet, cùm hic celet ſuum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l. 2. §. cæterum. 10. §. ſi in re depoſita. 24. h. t.* Quamquam aliud judicium Ariſtotelis *in Rhetor. ad Alex. cap. 12.* ubi hæc legimus: δεινότερόν μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν ληιζομένων ποιεῖν. οἱ μὲν γὰρ λανθάνειν, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα ἀφαιροῦνται. Vinn. Et verè Prætori ea mens fuit, dum quadruplo, in quod raptor condemnatur, & rem raptam comprehendi voluit. Et neſcio an jocus Plauti *Epid. Act. I. ſcn. 1.* ubi *propalam rapiens minus furtificus* dicitur, hanc ſententiam exagitet. Ratio autem veterum fuit, quod raptoris vis vi facile propulſari poſſit à viro conſtante & forti: furto autem & viro prudentiſſimo fortiſſimoque damnum inferri queat. Hein.

Propriam actionem] Etiamſi ſpeciali edicto contra ea, quæ vi committuntur, prætor conſuluit, *d. l. 2. §. 1.* ſcilicet ut innoteſceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri poſſint, *arg. l. 3. §. 1. naut. caup. ſtab.* junct. *§. ſic itaque. 14. infr. de action.*

Intra annum quadrupli] *d. l. 2. §. in hac actione. 13.* Nimirum actio hæc honoraria eſt, & ideo ut cæteræ ejuſdem generis pœnales, anno finitur, *l. in honorariis. 34. de obl. & act.* ſpeciale enim eſt,

Digitized by Google

quod actio furti manifeſti, quæ & ipſa ex prætoris juriſdictione proficiſcitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

Unam rem, licet minimam] *d. l. 2. §. vel cujus.* 11. Quippe non rei aut æſtimationis pecuniariæ, ſed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l. 9. §. ult. cum 2. ll. ſeqq. de dolo?* Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium eſt, comparatum ad reſcindendum, quod jure civili ratum eſt; non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum reſcindi debere.

In quadruplo ineſt & rei perſecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore propoſita, non eſt mera pœnalis, ſed mixta: quippe in quadruplo etiam ipſius rei perſecutio continetur, ut pœna tantùm ſit tripli, *§. vi autem. 19. infr. de action.* In quo diſtat hæc actio ab actione furti, quæ tantùm pœnæ perſequendæ cauſa comparata eſt, ſive manifeſti agatur in quadruplum; ſive nec manifeſti in duplum, *§ ex maleficiis. 18. inf. de action. §. ult. tit. præc.*

Sive comprehendatur raptor, &c.] His verbis Imperator perſpicuè duo genera raptorum facit, ut alii ſint manifeſti, alii non manifeſti: uti & Ulp. in *l. ſi quis. 2. §. ult. de furt.* Cæterum in hac actione pœna pro qualitate rapinæ non variatur, ſicut in actione furti alia pœna eſt manifeſti, alia nec manifeſti, ſed in omnes raptores pœna eſt eadem.

Ridiculum eſt] Atqui raptor tantùm triplo multatur, fur manifeſtus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua eſt, furti perpetua. Reſp. Sufficit ad defenſionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehenſi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifeſtarii; ex cauſa autem delicti non manifeſti gravius ſemper puniantur raptores, quàm fures.

Qui vi rapit, quàm qui clam amovet] Eadem ratione Juriſconſultus in *l. 2. §. ſi in re. 24. hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat: quoniam ſcilicet fur celat ſuum delictum, raptor publicat, quæ im-
2 prudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quàm quod clam, id tunc locum habet, cùm factum clandeſtinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conſcientiam doli magis arguit, ut in ſpecie *l. ult. de rit. nupt. & l. non exiſtimo. 54. de adm. tut.* quod hìc dici nequit.

Textus.

Adverſus quos datur.

1. *Ita tamen competit hac actio, ſi dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem ſuam eſſe exiſtimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quaſi domino liceat etiam per vim rem ſuam auferre a poſſeſſoribus, abſolvi debet. Cui ſcilicet conveniens eſt, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impune ſuam exerceant avaritiam, melius Divalibus conſtitutionibus pro hac parte proſpectum eſt, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel ſe moventem, licet ſuam eamdem rem exiſtimet. Sed ſi quis contra ſtatuta Principum fecerit, rei quidem ſuæ dominio cadere: ſin autem aliena res ſit, poſt reſtitutionem ejus, etiam æſtimationem ejuſdem rei præſtare. Quod non ſolùm in mobilibus rebus, quæ rapi poſſunt, conſtitutiones obtinere cenſuerunt, ſed etiam in invaſionibus, quæ circa res ſoli fiunt: ut ex hac cauſa ab omni rapina homines abſtineant.*

Notæ.

1. *Rei ſuæ dominio cadit*] Qui rebus ſuis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis, duplum reſtituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris ſibi debitam occupat, jus crediti amittit, *l. 13. quod met. ca.*

Commentarius.

1 *Qua pœna afficiantur, qui ſine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt?*
2 *Pœnam rapinæ, quæ privatis applicatur, exoleviſſe: & an non etiam aliæ, de quibus hìc agitur?*

Quemadmodum furti nemo tenetur, niſi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi cauſa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, niſi qui dolo malo rapuit. Proinde ſi quis, cùm crederet ſe rei dominum eſſe, eam per vim poſſeſſori eripuerit, exiſtimans licere domino quovis modo rem ſuam à poſſeſſoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l. 2. §. hac actione. 18. hoc tit.* ſed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius eſt, ut ſtatim audiemus.

Imprudentia juris] Secundum hoc explicandum eſt, quod Juriſconſultus in *d. l. 2. §. hac actione. 18.* ſimpliciter ſcribit, ſi quis ſuam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe ſi id ſibi licere crediderit errans in jure: nam à dolo quævis vel fatua cauſa excuſat. Gloſſ. Bart. Jaſ. & DD. *in l. unic. ſi quis jus dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Bene ac prudenter conſtitutum eſt, ut ſine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil 1
proprio agant impulſu: ſed ſi quis putet ſe habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod ſuum eſſe dicit, repoſcat. Nam ſi cuivis privato permittatur id quod ſuum eſſe, aut ſibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque ſibi jus dice-

Digitized by Google

dicere, vincula quietis publicæ dirumpi neceſſe eſt, civeſque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non eſt. 176. de reg. jur.* Itaque etſi is, qui ſine dolo rem rapuit, ſuam eſſe putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum mulctari placuit, & ſiquidem dominus fuit, dominio rei ſuæ cadere, ſi non fuit dominus, poſt reſtitutionem rei etiam æſtimationem ejus vim paſſo præſtare. *hoc text.* Creditor, qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat. 13. quod met. cauſ. l. pen. ad leg. Jul. de vi privat.* atque hìc inſuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. C. hoc tit.* & publico judicio legis Juliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

In invaſionibus] *l. ſi quis. 7. C. unde vi.* Solæ res mobiles amoveri, ſubtrahi, rapi poſſunt: qui au-
2 tem rem immobilem ſeu prædium vi occupat *invaſor* & *invadere* dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adſcribitur, exolevit, ſicut & furti; cujus qualificati rapina eſt ſpecies. Nunc enim tantùm criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna *l. ſi quis in tantam. 7. C. unde vi.* Et ſimilium reſcriptorum inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Chriſtiani orbis uſu antiquatam eſſe teſtatur Covar. *3. reſol. 16. n. 7.* poſt Specul. *tit. de reſtit. ſpol.* §. 1. & Guilielm. Benedict. *in cap. Raynutius. 16. n. de teſtam.* Gutier. *pract. quæſt. lib. 1. quæſt. 77.* Sarmientus quoque *2. ſelect. interp. 13. n. 7.* refert, ſe numquam vidiſſe pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. *recup. poſſ. remed. 9 n. 8.* qui cenſet, in praxi eam diſpoſitionem omnino ſervandam eſſe: neque enim ſolo non uſu legis abrogari. Sanè in foro noſtro etſi nemo eſt, qui de contrario uſu teſtetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium conſtitutionum ſectæ & praxi noſtrorum temporum non convenire, quod etiam notat Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 15. n. 10.* & Groenevv. *de leg. abrog. hic.*

T e x t u s.

Quibus datur.

2. *Sanè in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris eſſe. Nam ſive in bonis ſit, ſive non: ſi tamen ex bonis ſit, locum hæc actio habebit. Quare ſive locata ſive commodata, ſive etiam pignorata, ſive depoſita ſit res apud Titium ſic, ut interſit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti ſi in depoſita re culpam quoque promiſit) ſive bona fide poſſideat, ſive uſumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut interſit ejus non rapi, dicendum eſt ei, competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, ſed illud ſolum, quod ex bonis ejus, qui rapinam paſſus eſt, id eſt, quod ex ſubſtantia ejus ablatum eſſe proponatur. Et generaliter dicendum eſt, ex quibus cauſis furti actio competit in re clam facta, ex iiſdem cauſis omnes hanc habere actionem.*

N o t æ.

2. *Sive depoſita, &c. ſic ut interſit*] Locus Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24. eod.* male interpunctus eſt, perperamque principium §. 24. ſeparatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum: *Nam & furti actionem habeo, ſi in re depoſita culpam quoque repromiſi, vel pretium depoſitionis non quaſi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus; *Utilius dicendum eſt*, &c. Cujac.

Commentarius.

1 *Ex bonis eſſe quæ hìc dicantur?*
2 *Explicatur locus obſcurus Ulpiani.*

Vi bonorum raptorum is agit, qui in eum, qui clam amovit, furti agere poteſt, id eſt, is, cujus intereſt, neque ſolùm dominus rei, qui eam in bonis habuit, ſed etiam bonæ fidei poſſeſſor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depoſitarius, ſi videlicet culpam quoque in re depoſita repromiſit. Horum omnium intereſt rem, quam tenent aut poſſident, non rapi: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam ſalvam & incolumem præſtare debent, *l. 2. §. in hac actione. 22. hoc tit.* junct. §. *furti. 13. & 2. ſeqq. tit. præc.*

Sive ex bonis] Ex bonis eſſe hìc ea dicuntur, 1
quorum, cùm aliena ſint, vel emolumentum, vel uſus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l. 2. §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquiſita ſunt, ut ea alienare poſſimus. Alibi hæc verba in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum. 49. de verb. ſign. l. rem in bonis. 52. de acq. rer. dom.* Nonnumquam promiſcuè utrumque dicitur & idem valet, in bonis, & ex bonis, *l. 1. de uſufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.] Obſcura 2
eſt hujus loci ſententia. Apud Ulp. *l. 2. §. in hac actione 22 hoc tit.* unde totus hic §. deſcriptus eſt, ſic legitur, *dicendum eſt, mihi competere hanc actionem, non ut dominium accipiamus, ſed illud ſolum ex bonis meis, hoc eſt, ex ſubſtantia mea, res ablata eſſe proponatur.* Quorum verborum hic ſenſus eſſe videtur, competere mihi, cujus ex bonis res eſt, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere poſſim, ſed tantùm ut proponam, ex ſubſtantia mea rem ablatam eſſe, verbo ſubſtantiæ largius accepto, quaſi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æſtimationem domino præſtare debeo.

Digitized by Google

TITULUS TERTIUS.

DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, & ſumma tituli.

TErtia ſpecies delicti, ex quo civilis actio oritur, eſt damnum injuria datum. Damnum generaliter ſignificat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, ſive illa lucri cauſa fiat, ſive nullius lucri gratia, & ſive ſalvis rebus, ſive peremptis aut corruptis. Nam damnum ab ademptione & quaſi deminutione patrimonii dictum eſt, *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco damnum in ſpecie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde ſine lucro damnum dantis, puta ſi quis ſervum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum uſſerit, ruperit, fregerit injuria, ſeu non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 3. *infr.* Atque hoc damnum eſt, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & poſtremum hoc titulo explicantur, ſecundum in deſuetudinem abiit.

TEXTUS.

Summa. Caput primum.

Damni injuriæ actio conſtituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum eſt, ut ſi quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero ſit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantùm domino dare damnetur.

NOTÆ.

Damni injuriæ] Damnum generaliter ſignificat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *l. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in ſpecie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proindè ſine lucro damnum dantis.

Tantum domino dare] *d. l. 2. pr.* In legè Aquilia videtur ſcriptum fuiſſe, *tantum æs dare ero damnas eſto*, arg. *l. 11. §. 6. eod.* *ero* tenuiter id eſt, *domino* ut in Florent. & Gloſſ. Græc. Lat. in *Δεσπότης*. Cujac. *27. obſ. 11.*

COMMENTARIUS.

1 *Si liber homo occiſus ſit, & de damno farciendo agatur, quid juris, & potiſſimum hodie.*

D*Amni injuriæ*] Legendum videtur, *damni injuria, l. impuberem. 23. de furt. l. ſi ſervus. 27. §. ſi furnum. 10. & ſeq. l. quemadmodum. 29. §. item Labeo. 3. hoc tit.* Cic. *pro Q. Roſc. cap. 11. lite conteſtata, judicio damni injuria conſtituto.* Præciſè videlicet, pro, *damni injuria dati*. Haud ſcio tamen, an poſteriores Juriſconſulti Græci homines *damni injuriæ* dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cùm dicimus, damnum incendii vel naufragii, pro incendio vel naufragio. VINN. Immo opus non videtur emendatione. Nam & apud veteres leges *damnum injuriæ*: veluti apud Mæcianum *l. 30. pr. fin. ff. ad L. Falcid.* &, ut mihi videtur, etiam in *l. 9. §. ult. ff. de tutel. & rat. diſtr.* HEIN.

Alienum hominem alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero] Primum legis caput animalia pretioſiora, hoc eſt, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuoſa complectitur, ſervis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero ſunt; & tantùm ad damnum gravius, id eſt, ex cæde datum, pertinet, *l. 2. hoc tit.* Occiſo homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla eſt æſtimatio: ſed legi Corneliæ locus eſt, ſi dolo occiſus: ſi culpa, pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de ſicar.* Cæterum ſi de damno farciendo civili- 1
ter diſceptetur, tenetur is, qui injuſtè occidit, ſolvere impenſas funeris, & ſi quæ factæ ſunt in medicos, iiſque, quos occiſus alere ex officio ſolebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa ſpes alimentorum, ratione habita ætatis occiſi, valebat. Grot. *lib. 3. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti à ſe occiſi liberis mulctam pependiſſe, quo facilius expiaretur. Atque ita cenſuit Senatus Dolanus apud Joan. Grevell. *deciſ. 25.* & Card. Puteus *lib. 3. deciſ. 280.* Sed & Cujac. *14. obſ. 4.* exemplo Hadriani & Conſt. Porphyrogennetæ probat, novum non eſſe, ut pars bonorum addicatur occiſi liberis, vel patri, vel uxori, maximè ſi paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuſtè tamen. Michael Epheſius ad *5. Nicom. Ariſt.* ſcribit, eum ipſum, qui cæſus eſt, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere, uſque ad modum lucri amiſſi teſtatur Coſtal. *ad l. 3. ſi quadr. paup. fec.* add. Gomez. *3. reſol. 3. num. 37.* Grot. *2. de jur. bell. 17. num. 12. & ſeq.* Tulden. *ad tit. 5. cap. 3.* Chriſtin. *vol. 2. dec. 35. n. 10.* Libero homine vulnerato aut mutilato, quid juris ſit, videbimus *inf. §. cap. 3.*

Quæ pecudum numero ſit] Ita quoque Cajus in *d. l. 3. §. 2 hoc tit.* quamobrem rectè mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l. 2.* mendosè legi, *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim eſſe, *Quadrupedemve pecudem*.

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l. 2. in pr.* De quo plura *inf. §. his autem. 9.*

TEX-

Textus.

De quadrupede, quæ pecudum numero eſt.

1. *Quod autem non praciſè de quadrupede, ſed de ea tantùm, quæ pecudum numero eſt, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris beſtiis, neque de canibus cautum eſſe intelligamus; ſed de iis tantùm, quæ gregatim propriè paſci dicuntur, quales ſunt equi, muli, aſini, oves, boves, capræ. De ſuibus quoque idem placuit. Nam & ſues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim paſcuntur. Sic denique & Homerus in Odyſſea ait, (ſicut Ælius Marcianus in ſuis inſtitutionibus refert,)*

Δήεις τόνγε σύεσσι παρήμενον, αἱ δὲ νέμονται
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, ἐπί τε κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc eſt.

Aſſidet is ſuibus, quorum grex magnus in agris Paſcitur, ad Coracis ſaxum, fontemque Arethuſam.

Commentarius.

1 *Cur dubitatum de ſuibus, an pecudum numero ſint?*

Pecudum numero eſſe ea animalia propriè intelliguntur, quæ gregatim paſcuntur, id eſt, in grege paſtoris imperio ſubjecto, ut equi, aſini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non ſunt, multoque minus feræ beſtiæ, veluti urſi, leones, pantheræ. Enimverò cameli & elephanti, licèt feræ naturæ ſint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præſtant, *d. l. 2. §. 2.* Vinn. JCti ubi ex arte loquebantur, diſtinguebant *quadrupedes*, quæ dorſo & collo domantur, id eſt, quæ ſarcinas vehunt & trahunt; *pecudes*, quæ gregatim paſcuntur, & *beſtias*, quales erant reliqua animalia omnia. Ampl. Bynkersh. *de Reb. mancip. & nec mancip. cap. 6. pag. 119. ſequ.* Hein.

De ſuis idem placuit] An ſues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubirandi quæ cauſa fuerit, haud facilè dixerim.
1 Hotomannus hanc affert, quod ſues non ut reliquæ beſtiæ, gramine & viridibus pabulis commodè alantur, ſed ut Varro & Columella tradunt, maximè faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & ſi rure ſint, tamen caducis arborum baccis & effoſſis lumbricis & radiculis potius, quàm gramine veſcuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de ſuibus dubitatum, quoniam ſues neque operam hominibus præſtant, puta geſtando, arando, ut equi, muli, aſini, boves; neque lacte aut lana proſunt, ut vaccæ, oves, capræ. Utut ſit, placuit etiam ſues pecudum numero haberi, quia & ipſi gregatim ſub imperio paſtoris paſcuntur, *d. l. 2. §. 2. hoc tit. l. legatis. 65. §. pecoribus. 4. de leg. 3.* Ubi Marcianus Juriſconſultus auctoritate Homeri hanc ſententiam confirmat. Locus eſt apud Poetam *Odyſſ. 13.* ubi Minerva Ulyſſem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: ſed prius ad Eumæum ſubulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipſam Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur verſus, quos poſt Marcianum hìc citat Juſtinianus. Vinn. Sed quamvis ſues gregatim paſcuntur, dubitari tamen non abſurdè potuit, an ſint quadrupes pecudes. Hein.

Textus.

De injuria.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem inſidiatorem occidit, non tenetur: utique ſi aliter periculum effugere non poteſt.*

Commentarius.

1 *Qui hac actione non teneantur?*

Qui nullo jure occidit] Injuriam hìc accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quamdam, ſed quod non jure factum eſt, ſeu damnum culpa facientis datum, *l. 5. §. 1. hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec proviſum eſt, *l. ſi putator. 31. l. 44. eod.* Ex quo 1
intelligimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamſi animum nocendi non habuit, *d. l. 5. §. 1.* Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel leviſſima damnum datum eſſe arguatur, *l. in lege. 44. eod.* Poſtremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non ſunt: qualis eſt furioſus, infans, & impubes infantiæ proximus, *d. l. 5. §. 2.* vel quorum factum à culpa abeſt: veluti ſi non fuit in poteſtate ejus, qui damnum dedit, non facere, puta, ſi ab alio impulſus damnum dederit, *l. 7. §. 3. l. ſi ex plagis. 52. §. 2. eod.* vel ſi jure ſuo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo ſe defendentem, vel aggreſſorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text. d. l. 4. l. 5. eod.* aut ſi quis caſu alium læſit, quem divinare non potuit: aut ſi in eo, qui læſus eſt, culpa ſit, cur ſit læſus, vid. *infr. §. 4. & 5.* Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo ſeu negligendo conſiſtit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. Covar. *de ſponſ. part. 2. c. 6. §. 8. num. 13.* Donell. 16. *com. cap. 7.* Alii putant, hoc nomine utilem ſaltem actionem competere, *l. 8. l. ſi ſervus. 27. §. ſi fornicarius. 9.* & ibi Buſ. *hoc tit.* quod verum eſt, ſi negligentia circa factum ali-

aliquod antecedens cauſam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic cap. 7.*

Qui latronem inſidiantem] Adverſus periculum naturalis ratio permitrir ſe defendere, *d. l. 4. hoc tit. l. 5. l. 45. §. 4. hoc etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis ſui fecit, jure feciſſe exiſtimatur, *l. 3. de juſt. & jur.* Quamobrem ſi ſervum aggreſſorem aut latronem inſidiantem mihi occidero; ſecurus ero: ſed & ſi alium quemcumque fero ſe petentem quis occiderit, non videtur injuria occidiſſe, *d. l. 4. & l. 5. eod.*

Si aliter periculum effugere] Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, ſi aliter periculum vitari non poteſt, *l. ſcientiam. 45. §. pen. eod.* Itaque ſi quis, cùm poſſet intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria feciſſe videtur, *d. l. 5.* Nec ulrio permiſſa, ſed defenſio, quæ ita excuſata eſt, ſi in defendendo ſervata ſit moderatio inculpatæ tutelæ, *l. 1. C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defenſionis pertinent, non eſt hujus loci.

TEXTUS.

De caſu, dolo, & culpa.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui caſu occidit, ſi modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quàm ex culpa quiſque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

N*On minus ex dolo, quàm ex culpa*] Inverſio eſt; dicere voluit, *non minus ex culpa, quàm ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor eſt dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. ſupr. de hær. inſtitut.* apud Ulpianum *l. juriſgentium. 7. §. pactorum. 8. de pact. l. 3. §. 2. de incend. ruin. naufr.* apud Calliſtratum *l. ſolidam. 85. de ſolut.*

TEXTUS.

De jaculatione.

4. *Itaque, ſi quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, tranſeuntem ſervum tuum trajecerit, diſtinguitur. Nam ſi id à milite in eo campo, ubi ſolitum eſt exercitari, admiſſum eſt, nulla culpa ejus intelligitur; ſi alius tale quid admiſerit, culpæ reus eſt. Idem juris eſt de milite, ſi in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus deſtinatus eſt, id admiſerit.*

De putatione.

5. *Item ſi putator ex arbore ramo dejecto ſervum tuum tranſeuntem occiderit, ſi prope viam publicam aut vicinalem id factum eſt, neque proclamavit, ut caſus evitari poſſet, culpæ reus eſt; ſed ſi proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam eſt putator. Æquè extra culpam eſſe intelligitur, ſi ſeorſum à via forte, vel in medio fundo cædebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat verſandi.*

De curatione relicta.

6. *Præterea ſi medicus, qui ſervum tuum ſecuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit ſervus, culpæ reus erit.*

De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur, veluti ſi medicus ideo ſervum tuum occiderit, quia male eum ſecuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

De imperitia & infirmitate Mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, ſi ſervus tuus oppreſſus fuerit, culpæ reus eſt mulio. Sed & ſi propter infirmitatem eas retinere non potuerit, quum alius firmior eas retinere potuiſſet, æquè culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus, aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam ſuam retinere non potuerit.*

NOTÆ.

5. *Licèt non proclamavit*] Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis rranſiturus eſſet. Quod ſi etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l. 31.*

6. *Qui ſervum ſecuit*] Quamvis bene, *l. 18. eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris ſanguinem mittere. Cic. *Piſoniana.*

7. *Si medicus*] *l. 7. in fin. & d. l. 8. pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l. 6. §. 7. de offic. præſ.* & extra culpam eſſe intelligitur, *ὅταν μείζω τὰ πάθη τῆς ἰατρικῆς βοηθείας.* Alexand. Aphrod. *in 1. Top. Ariſt.*

Perperam ei medicamentum] *Ἀμαθῶς καὶ ἀσκέπτως*, ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperitè, temerè, inconſideratè.

COMMENTARIUS.

1 *Quod de militibus in loco exercitii ſe exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco ſe exercere ſolitos pertinere.*

2 *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

A Fferuntur hic varia exempla hominis occiſi, & damni dati citra dolum & animum nocen-

Digitized by Google

nocendi, & fere culpa leviſſima. Nam ut antea dictum eſt, per legem Aquiliam non ſolùm dolus, ſed etiam culpa vindicatur, ita' ut ne leviſſima quidem hìc excuſationem habeat, *l. in lege 44. hoc tit.* & rectè: nam cùm potior ſemper ſit cauſa ejus, qui damnum patitur, quàm qui dat, æquum eſt, damnum quacumque culpa datum ſarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circumſtantiæ in propoſito efficiunt, ut factum à culpa abſit & Aquilia ceſſet; locus exercitationi deſtinatus, & perſona ſe in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus eſt. Qua de cauſa ſi vel paganus in loco exercitationi militum conſtituto jaculans ſervum tranſeuntem occiderit, ſive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l.*
2 9. §. *ult. hoc tit.* Quid verò dicemus de conventiculis ſagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad ſcopum certare ſolent? Et quamvis hi milites non ſint, tamen ſi quis eorum die & loco ſolito ſe exercens, intempeſtivè per eum locum tranſcurrentem transfixerit, extra culpam eſſe reſpondit Vvameſ. *cent.* 2. *conſ.* 51. fac. Grot. 3. *juriſpr. Bat. cap.* 33. Planè ſi conſulto ictum in tranſeuntem direxerit, aliud juris eſt, *d. l.* 9. §. *ult. & ibi gloſſ.*

Si putator ex arbore dejecto ramo] Arborem putare, factum planè licitum eſt: cæterum in dejectione rami amputati culpa eſſe poteſt. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æſtimandum eſt. Nam ſi is locus ſit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve, per quam vulgo iter ſit, aut unicuique tranſire jus eſt, & frondator ſeu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, ſine proclamatione dejiciens ſervum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius eſt: ſi verò proclamavit, nec alter curavit caſum evitare, extra culpam eſt. Similiter extra culpam eſſe intelligitur, ſi in eo locum dejecerit, in quo nulli extraneo verſandi jus erat, quamvis non proclamaverit: quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis tranſiturus eſſet, *l. ſi putator* 31. *hoc tit.* Via publica eſt, quæ Græcis βασιλικαί, regia dicitur Romanis prætoria & conſularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipſa fere publica eſt, *l.* 2. §. 22. *ne quid in loc. publ.* Sic Flacc. *de cond. agr.* Sueton. *Aug* 49. Theoph. *hic*.

Si medicus qui ſervum tuum ſecuit] Qui medicus ſervum alienum ſecuit, etſi bene ſecuit; (venæ ſectionem ſeu inciſionem intellige,) tamen ſi ſuſceptam ejus curationem dereliquit, & ſervus ob id mortuus ſit, culpæ reus intelligitur, *l.* 8. *hoc tit.* Nimirum qui ſuſceptam curationem deſeruit, cauſam mortis præbuiſſe videtur.

Imperitia quoque culpæ, &c.] Imperitia alicujus rei per ſe culpa non eſt, ſed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adſcribitur, ſi quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commiſſum ſit, *l.* 9. §. *pen. l. item quæritur.* 13. §. *ſi gemma.* 5. *locat. l. ſi ſervum.* 27. §. *ſi calicem.* 29. *hoc tit.* eoque pertinet *l. imperitia.* 132. *de reg. jur.* Itaque ſi medicus ſervum tuum imperitè, ἀμαθῶς ἢ ἀπειροκάλως, ſecuerit, vel medicamento perperam uſus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.* 7. *in fin. & l. ſeq. in pr. eod.* Homicidii crimen eſt in hominis ſalute peccare, ait Caſſiod. *6. var.* 19. Diligenter autem conſiderandum eſt, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ adſignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, ſed tantùm quod commiſit per imperitiam, *l.* 6. §. *ſicuti.* 7. *de off. præſ.* & extra culpam eſſe intelligitur ὅταν ᾖ μείζων τὸ πάθος τῆς ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod. *in* 1. *top. Ariſt.*
Culpa medici raro in judicium vocatur: quo- 2
niam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultat: beneficia autem ſol illuſtrat. Et Plinius alicubi ſcribit, ſoli medico hominem occidere impune eſſe. Papon. 23. *tit.* 8. *art.* 1. refert, medicum, qui fortiorem ſolito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arreſto Pariſienſi dimiſſum fuiſſe, ſed cum interminatione ſeveræ animadverſionis, niſi in poſterum ab hujuſmodi remediis temperaret. add. Groenevv. *ve ll. abr. hic*.

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio, cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum ſervus alienus obtritus eſt, hac actione tenetur. Idem juris eſt in perſona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum eſt infirmitatum culpæ adnumerari. Quippe cùm nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem ſuam alii periculoſam futuram, *l.* 8. §. 1. *eod.*

Textus.

Quanti damnum æſtimetur, & de hæredibus.

9. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa ſententia exprimitur, ut ſi quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luſcus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretioſus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, ſed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum eſt, pœnalem eſſe hujus legis actionem; quia non ſolum tanti quiſque obligatur, quantum damni dederit, ſed aliquando longe pluris. Ideoque conſtat, in hæredem eam actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

Quanti id eo in anno plurimi] Hæc clauſula æſtimationem habet damni, quod per cædem datum eſt. Tenetur itaque qui ſervum occidit, non quanti is erat, cùm occideretur, ſed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait lex.* 21. *l. inde Neratius.* 23. §. *idem Julianus.* 3. *hoc tit.* ubi Ulpianus ſcribit, hominis occiſi æſtimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis ſexaginta quinque diebus: quippe annum retrorſus numerari, ex quo quis occiſus eſt. Et ideo ſi pretioſo pictori pollex fuerit præciſus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occiſus, poſſe dominum Aquilia agere, pretioque eo æſtimandum, quanti fuit prius, quàm artem cum pollice amiſiſſet. Si mortiferè vulneratus ſit ſervus, deinde poſt, etiam longiori tempore interjecto, mortuus ſit, ſecundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus eſt, licet Celſus contra ſenſerit, *d. l. ait lex.* 21. §. 1.

Pœnalem eſſe hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis eſt. Nam etſi interdum lis ultra damnum datum non æſtimetur, veluti ſi res intra annum depretiata non ſit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, ſufficit poſſe præſentem æſtimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnoſos ſtatutam eſſe.

In hæredem non tranſire] Conſtat, hanc actionem hæredi dari: ſed in hæredem non datur, cùm ſit pœnalis; niſi forte ex damno locupletior hæres factus ſit, *d. l. inde Neratius.* 23. §. *hanc actionem.* 8. *hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit conteſtata, §. 1. *infr. de perp. & temp. act.*

Quæ tranſitura fuiſſet] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis: tranſituram, ſi pœnalis non eſſet. Itaque hìc locus apertè confirmat eorum ſententiam, qui exiſtimant, actiones non pœnales, etiamſi ex delicto veniunt, in hæredem dari; de quo latius alibi, §. *ult. ſupr. de obl. quæ ex del. & infr.* §. 1. *de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non eſt: nam ſolùm eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum perſequamur; non etiam quanti plurimi ſupra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occiſionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit indemnis ſervandi, quàm coercendi adverſarii cauſa fieri exiſtimatur. Gudel. *de jur. nov. lib.* 3. *cap.* 13. Grot. 3. *introd.* 32. & 34. Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

Quid æſtimatur.

10. *Illud non ex verbis legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolùm perempti corporis æſtimationem habendam eſſe ſecundum ea, quæ diximus, ſed eo amplius, quicquid præterea perempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti ſi ſervum tuum hæredem ab aliquo inſtitutum ante quis occiderit, quàm is juſſu tuo hæreditatem adierit: nam hæreditatis quoque amiſſæ rationem eſſe habendam conſtat. Item ſi ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus ſervus occiſus fuerit, non ſolùm occiſi fit æſtimatio, ſed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati ſunt, qui ſuperſunt.*

NOTÆ.

10. *Depretiati ſunt*] Utitur eo verbo Paul. *l.* 22. §. 1. Tertull. *ad Nation.* 1. *cap.* 10. Gloſſ. Lat. Gr. depretiati, *ἐλαττωθέντες*.

COMMENTARIUS.

Non ex verbis legis, ſed ex interpretatione] Lex de æſtimatione perempti corporis tantùm locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æſtimationem venire placet, quod occaſione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illuſtratur, *l. ait lex.* 21. §. *ult. cum ll. ſeqq. hoc tit.* Ait autem Juſtinianus id per interpretationem placuiſſe, nimirum quia legislatorem id quoque voluiſſe prudentes exiſtimaverunt: non enim tam ex ſcripto & ſententia hæc controverſia nata videtur, quàm ex ſcripti ambiguitate: ut bene Hotoman. *hic.* & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius eſt, vid. §. *ult. inf.*

Quicquid præterea damni] Quicquid præterea extra rem principalem noſtra intereſt, *d. l. ait lex.* 21. §. *ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi cauſa ſervus interfectus eſt, pretioſiorem hunc ſervum facerent, ad æſtimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius.* 23. §. *in ſumma.* 6. *eod.* Damnum autem intellige pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce, ſi filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æſtimabitur, quàm quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate ſingulorum, ſed communiter funguntur, *l. ſi ſervum.* 33. *hoc tit. l. pretia.* 63. *ad leg. Falcid.*

Si ſervum tuum hæredem] Si ſervus hæres inſtitutus, antequam juſſu domini hæreditatem adiret, occiſus ſit, etiam hæreditatis amiſſæ damnum in æſtimationem venit, *d. l. inde Neratius.* 23. *hoc tit.*

Item ſi ex pari mularum] *l. proinde.* 22. §. 1. *eod.* Ubi Paulus ſcribit, etiam cauſas corpori cohærentes æſtimari. Itaque ſi quis ex comœdis, aut ſymphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non ſolùm perempti corporis æſtimationem faciendam eſſe, ſed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata ſunt.

Digitized by Google

Textus.

De concurſu hujus actionis & capitalis.

11. *Liberum autem eſt ei, cujus ſervus occiſus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum perſequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

Commentarius.

SI dolo ſervus occiſus ſit, non tantùm privato judicio legis Aquiliæ dominus agere poteſt, ſed etiam publico legis Corneliæ de ſicariis, *l. inde Neratius.* 23. *§. ſi dolo.* 9. *hoc tit. l.* 3. *C. eod.* nam lex Cornelia non diſtinguit, cujus conditionis homo occiſus ſit, *l.* 1. *§.* 2. *ad l. Corn. de ſicar.* Addit Ulp. *in d. l. inde Neratius.* 23. *§. ſi dolo* 9. ſi lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; ſcilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, *l. unic. quand. act. civ. crim.* Alio ſenſu Paulus in *l.* 4. *de publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæteriſque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non ſic, ut agi amplius non poſſit, ſed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modo, ut diximus, dolo malo homo occiſus ſit. Nam in lege Cornelia dolus tantùm pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l.* 7. *ad leg. Corn. de ſicar.* add. Schneid. *§. injuria.* 2. *num.* 11. *ſup. ad hunc §. num.* 1. De libero homine occiſo, ſi de damno ſarciendo agatur, dixi ſub *pr. hujus tit.*

Textus.

Caput ſecundum.

12. *Caput ſecundum legis Aquiliæ in uſu non eſt.*

Commentarius.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ juriſprudentiæ in deſuetudinem abierat, ut teſtis eſt Ulpianus *in l. ſervum.* 27. *§.* 4. *hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cùm id nuſquam proditum ſit, haud temere dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia ſibi negotia ſumant. Cujacio videtur, pertinuiſſe ad interceptam nobis utilitatem quamdam, re noſtra illæſa. Vinn. Nos, ne otio abundare videamur, lectorem remittimus ad *Antiquitates noſtras Rom. h. t. §.* 9. *edit. ſec.* Hein.

Textus.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. *Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque ſi quis ſervum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numero eſt, vulneraverit; ſive eam quadrupedem, quæ pecudum numero non eſt, veluti canem, aut feram beſtiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio conſtituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim uſtum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite conſtituitur: quamquam poterat ſola rupti appellatio in omnes iſtas cauſas ſufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum eſt. Unde non ſolum fracta, aut uſta, ſed etiam ſciſſa, & colliſa, & effuſa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique reſponſum eſt, ſi quis in alienum vinum aut oleum id miſcuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

Notæ.

13. *Capite tertio*] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l.* 27. *§.* 5. *eod.* ejuſdemque *l. §.* 7. & deinceps fusè explicantur.

Commentarius.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*
2 *Quid juris ſi liber homo vulneratus: & quid eo caſu hodie?*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occiſos, ſi quis alteri damnum faxit, quid uſſeris, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas eſto. l. ſi ſervus.* 27. *§. tertio.* 5. *hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, ſed uſſerit, fregerit, ruperit, ſine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde ſi facem ſervo meo objeceris, & eum aduſſeris, teneberis mihi. Idem eſt ſi loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei ſcinderes vel tumorem faceres, *d. l.* 27. *§.* 17. Item ſi quis mulum meum plus juſto oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l.* 27. *§.* 23. Sed & ſi arbuſtum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. ſervus.* 27. *§. item ſi.* 7. Æquè ſi quis vinum effu-

Digitized by Google

derit, ſpurcaverit, vitiaverit, veſtimentum ſciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l. 27. §. cum eo. 15. & §. ſi quis. 18. cum §. ſeq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læſis agendum eſt, quæ pecudes non ſunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæteriſque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum. 29. §. hac actione. 6. eod.* In ſumma hoc capite ſervorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones in judicium vocantur.

2 Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quonia[m] dominus membrorum ſuorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æſtimationem recipit, ſed operarum ceſſantium & impendiorum æſtimatio fiet, *l. liber homo. 13. eod.* quam æſtimationem etiam pater utili legis actione perſequi poteſt, ob vulnus inflictum filio ſ[uo]. *l. 7. eod. l. cum duobus. 52. §. ſocium. 16. pro ſoc.* Cujac. 21. *obſ.* 20. add. Grot. 3. *introd. c.* 34. Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, ſi quando id petitur, æſtimatio fit; quamvis propriè hæc pecunia ſarciri non poſſunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui dejec. l. 3. ſi quadr. paup.* Grot. *d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum.] Verbum *ruperit* fere omnes veteres ſic intellexerunt, *corruperit*. Itaque rupti appellatione continentur & uſta, & fracta, & ſciſſa, & colliſa, & effuſa: & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obſtat, quod lex diſtinctim hæc tria exprimit, uſſerit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celſus dicebat, non eſt novum, ut lex ſpecialiter quibuſdam enumeratis generale ſubjiciat verbum, quo ſpecialia complectatur, *d. l. ſi ſervus. 27. §. inquit. 13. cum 3. §§. ſeqq.*

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. *Illu[d] palam eſt, ſicut ex primo capite demum quiſque tenetur, ſi dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occiſus occiſave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri; ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, ſed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

S*i dolo aut culpa*] In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus [ven]itur. Ideoque ſi quis in ſtipulam ſuam vel ſp[in]am comburendæ ejus cauſa ignem immiſerit, & ulterius evagatus & progreſſus ignis alienam ſegetem vel vineam læſerit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id acciderit. Nam ſi die ventoſo id fecit, culpæ reus eſt. Nam & qui occaſionem præſtat, damnum feciſſe videtur. In eodem crimine eſt & qui non obſervavit, ne ignis longius procederet. At ſi omnia, quæ oportet, obſervavit, & ſubita vis venti ignem longius produxit, caret culpa, *l. qui occidit. 30. §. penult. hoc tit.* VINN. Singulare id habet lex Aquilia, quod & dolum & culpam vindicat, quum alias verum delictum non niſi ex dolo proficiſcatur, *l. 53. ff. de furt.* quaſi delictum ex culpa. Unde non abſurdè Cel. Thomaſius damnum injuria datum & veris & quaſi delictis accenſet: quamvis facta à potiore denominatione potius verum delictum dicatur. Add. *Elem noſtra Jur. ſecund. ord. Inſtit.* §. 1034. §. 1081. HEIN.

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æſtimatur, *d. l. ſi ſervus. 27. §. tertio. 5. eod.* qui exceſſus præſentis æſtimationis hic pro pœna eſt: quæ levior in hoc capite, quàm in primo, tamquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æſtimetur.

15. *Ac nec* plurimi *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino rectè placuit; perinde habendam æſtimationem, ac ſi etiam hac parte* plurimi *verbum adjectum fuiſſet: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuiſſe, quod prima parte eo verbo uſa eſſet.*

COMMENTARIUS.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit*, etſi non habent, *plurimi*, ſic tamen accepta ſunt, *l. quemadmodum. 29. §. ult. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite poſita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta eſſet damni ex hoc capite æſtimatio.

Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, &c.] Rectius dixiſſet *legem juſſit*, & mox, *eo verbo uſus eſſet*, ut hic notat Hotomannus.

TEXTUS.

De actione directa, utili, & in factum.

16. *Cæterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem eſſe, ſi quis præcipuè corpore ſuo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari ſolent; veluti ſi quis hominem alienum, aut pecus ita incluſerit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum* exa-

exagitaverit, ut præcipitaretur: aut ſi quis alieno ſervo perſuaſerit, ut in arborem adſcenderet, vel in puteum deſcenderet, & is adſcendendo, vel deſcendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læſus fuerit; utilis actio in eum datur: ſed ſi quis alienum ſervum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is ſuffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore ſuo damnum dediſſe non difficulter intelligi poteſt: ideoque ipſa lege Aquilia tenetur. Sed ſi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læſum fuerit, ſed alio modo alicui damnum contigerit, quum non ſufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti ſi quis miſericordia ductus alienum ſervum compeditum ſolverit, ut fugeret.

Notæ.

16. *Si quis præcipuè corpore ſuo*] Directa legis actio ita demum conceditur, ſi quis corpore ſuo damnum dederit, *l. 51. eod.* Directa actio hìc intelligitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod ſcriptum eſt, deſcendit.

Qui alio modo, &c. utiles actiones] Quæ eædem & in factum: cæterum civiles, *l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extenſionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris non directa, ſed utilis dicitur: quamquam vi & effectu à directa nihil differt, *l. 47. §. 1. de neg. geſt.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei poſſeſſori, item libero homini ſuo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non poſſunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *l. 7. l. 11. §. 8. l. 13. hoc tit.*

Alienum ſervum de ponte] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celſus ait, ſive ipſo ictu perierit, aut continuo ſubmerſus ſit, aut laſſatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipſa lege Aquilia teneri: quemadmodum ſi quis puerum ſaxo illiſiſſet, *d. l. §. pen.*

Ipſa lege Aquilia] Ex ipſis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut rectè interpretatur Theoph.

Neque corpus læſum] Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex ſententia utilis actio competit: ac proinde ſubſidiaria in factum opus eſt, *l. 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. 7. de dolo*, quæ à prætore defectum legis ſupplente datur, *l. 11. de præſcr. verb.*

Miſericordia ductus] *d. l. 7. §. 7. de dolo*. Intempeſtiva miſericordia damnoſa eſt. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit, vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notiſſimum eſt. Fabrot.

Commentarius.

1 *Directa actio quot modis dicatur?*
2 *Actio utilis quid: & qua ratione, quando à quibus introducatur?*
3 *Directam actionem eſſe, tam quæ ex ſententia legis deſcendit, quàm quæ ex verbis: utilem, quæ, tamquam ex ſententia per interpretationem extenſivam, in factum, cui nec oratio nec ſententia convenit.*
4 *Utilem, quo tamquam ex ſententia legis, & ipſam interdum in factum appellari.*

Ut hic locus plenè intelligatur, ſciendum eſt,
non uno ſemper & ejuſdem oppoſitionis
intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à
veteribus uſurpari. Nam primum directa actio 1
dicitur principalis oppoſita vel præparatoriæ,
puta actioni ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem. 13.*
l. ſi quis. 17. ad exhibend. vel contrariæ, ut actio
directa commodati, depoſiti, pigneratitia, &c.
vide noſtra ad *§. 2. ſup. quibus modis re contr.*
oblig. §. 1. ſup. de obligat. quæ quaſi ex contract.
Deinde actio ordinaria ex delicto, oppoſita noxali,
directa quoque vocatur, *§. omnis. 5. infr.*
de nox. action. Poſtremo directa actio dicitur ad
differentiam actionis utilis: quæ conſideratio
hujus loci propria eſt. Utilis actio ſic in uni- 2
verſum deſcribi poteſt, quod ſit actio, quæ deficiente
ſtricta juris ratione, ex æquitate introducitur.
Id verò fit bifariam: vel interpretatione
Juriſconſultorum; vel etiam jure expreſſo,
tum prætorio, tum etiam civili æquitatem
ſectante. Actiones prætoriæ in relatione ad jus
civile ſtrictum, omnes dicuntur utiles, tametſi
apertè verbis edicti propoſitæ ſint, *§. namque. 4.*
infr. de action. l. tutor. 16. §. ult. de pign. act. l.
electio. 26. §. 2. de nox. act. l. 1 de ſuperfic. l. ult.
C. quib. ex ca. maj. Quamquam ſi jus prætorium 3
abſolutè ſpectamus, quædam actiones hoc jure
proditæ directæ, quædam utiles appellari poſſent:
directæ, quæ ipſis edicti verbis proponuntur
utiles, quas verbis ceſſantibus prudentum
interpretatio induxit, *l. pen. §. ult. de his qui*
dei. vel eff. ut apparet ex *l. nec quaſi. 70. de rei*
vind. l. 1. l. ſi Titio. 22. de pignor. l. in eum. 19.
in pr. de inſtit. act. l. 5. §. pen. de pec. conſt. l. 1.
C. de precar. Sed & jus civile nonnumquam verbis
expreſſis utiles tantùm actiones tribuit, nimirum
quoties ratio juris impedit, quominus
directæ dentur; veluti ſi directæ jam ſint apud
alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut
apud duos ſimul directa ſit actio, aut ab eo,
cui illa ſemel competere cœpit, avulſa in alium
transferatur. Hinc eſt, quod ei, cui nomen
venditum, legatum, donatumve eſt, non directa,
ſed utilis actio reſcriptis Impp. datur, quia
ſcilicet ex ratione juris directa penes venditorem,
hæredem, donatorem manet, *l. ſi cum. 16.*
de pact. l. 1. C. de obl. & act. l. ex legato. 18. C.
de legat. Pari de cauſa, quia ratio juris civilis
non patitur, ut noſtra conventione alteri actio-

nem

Digitized by Google

nem quæramus, quibuſdam caſibus hìc utilis actio conſtitutionibus introducta eſt, *l. 3. C. de don. quæ ſub mod.* His autem caſibus, & ſi qui ſunt ſimiles, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque quod reſcriptum eſt, deſcendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehenſum intelligi oportet, quod voluiſſe legislatorem conſtat, etiamſi id verbis apertè expreſſum non ſit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expreſsè jubetur ejus damni æſtimationem præſtare. Illud non exprimitur, damnum tanti æſtimandum, quanti interſit damnum datum non eſſe. Cæterum quia damnum ſarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc ſic acceptum eſt, quaſi ſcriptum eſſet, ejus omnis, quod intereſt, æſtimationem fieri debere; ac proinde etiam ejus nomine quod extrinſecus intereſt directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. *illud.* 10. *ſupr. eod.* At verò ubi longius proceditur, atque ex ſcripto & ſententia controverſia orta actio, inducitur per interpretationem & extenſionem aliquam, tamquam ex mente legislatoris; ea non directa, ſed utilis eſt: quamquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. geſt.* Quod ſi & verba & ſententia legis deficiunt, hìc prætor defectum legis, utilitate id exigente, ſupplere ſolet reddendo actiones in factum, *l. quia actio-*
4 *num.* 11. *de præſcr. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illuſtrantur. Illud etiam hìc obiter notandum, appellatione actionis in factum numquam ſignificari actionem illam utilem; quam ex ſententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre eſt in *l. qua actione.* 7. §. *proinde.* 3. *l. item ſi.* 9. *in pr. l. item Mela.* 11. §. *ſed ſi.* 8. *l. quemadmodum.* 29. §. *pen. hoc tit.* Propriè autem eo nomine deſignari actionem ab illa utili diſtinctam: quæ ſcilicet id factum perſequitur, cui nec oratio nec ſententia legis convenit, *d. l.* 11. *de præſcr. verb. l. ſi ſervum.* 33. §. 1. *hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo.* 7. *de dol. & hoc tit. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota ſubſidiaria eſt.

Si quis corpore ſuo] Add. *l. ita vulneratus.* 51. *in pr. hoc tit.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eædem & in factum, cæterum civiles, *l. qua actione.* 7. §. 3. *&* §. *Celſus.* 6. *l. item. ſi.* 9. *fere per tot. tit. eod.* Sic patri nomine filii, bonæ fidei poſſeſſori, item libero homini ſuo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non poſſunt, quoniam in lege domini tantùm mentio fit, *d. l. qua actione in pr. l. item Mela.* 11. §. *ſed ſi.* 8. *l. liber homo.* 13. *pr. eod.*

Neque corpus læſum] Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex ſententia utilis actio competere poteſt: & proinde ſubſidiaria in factum opus eſt, ſecundum ea, quæ jam dicta ſunt, *l.* 11. *de præſcr. verb. l. ſi ſervum.* 33. *in fin. hoc tit. l.* 7. §. *idem Labeo.* 7. *de dolo.*

TITULUS QUARTUS.

DE INJURIIS.

Dig. Lib. 47. Tit. 10. C. Lib. 9. Tit. 35. & 36.

Continuatio, & argumentum tituli.

QUarta ſpecies delicti, unde obligatio & actio inter privatos naſcitur, eſt injuria ſeu contumelia. Quæ quid ſit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circumſtantiæ eam augeant, aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hìc docebitur.

TEXTUS.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: ſpecialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta eſt, quam Græci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, ſicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injuſtitia, quam Græci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cùm enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepiſſe dicitur.

NOTÆ.

Generaliter injuria] Ex Paulo *apud Rufin. tit.* 2. & Ulpiano *l. 1. hoc tit.* ubi JC. ait, *injuriam ex eo dictam, quod non jure fit.* Auguſt. *Confeſſ.* 3. *cap.* 8. *Sive per contumeliam, ſive per injuriam.*

Cùm judex non jure contra quem pronuntiat] Si judex iniquè ſententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l.* 51. *de evict.* eum, qui ſententia læſus eſt, injuriam paſſum dicimus, *d. l. 1. hoc tit.* Judex autem injuriam facit, non is, ſecundum quem judicatum eſt. Ariſtot. 1. *magn. mor.* 34.

COMMENTARIUS.

OMne quod non jure fit] Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l. 1. hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod

quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quàm injuſtitia: eſt enim effectus injuſtitiæ, quæ in affectu & habitu animi conſideratur. Cicero in *Paradox. Quocumque aſpexiſti, ut furiæ, ſic tuæ tibi occurrunt injuriæ, quæ te reſpirare non ſinunt. Injuriæ*, id eſt, actiones injuſtæ, flagitia, peccata. Injuriæ, ſic generaliter dictæ, Juſtinianus tres ſpecies hìc commemorat, uti & Juriſconſultus in *d. l.* 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem ſententiæ: quibus tamen genus propoſitum non exhauritur. Sed de eo unuſquiſque pro arbitratu exiſtimet. Adeundus omnino Ariſt. *lib. 5. ethic.*

Specialiter alias contumelia] Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in *hoc tit. l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. ſi unus. 27. §. 2. de pact.* ubi Paulus ſcribit, actionem injuriarum naſci ex contumelia. In hoc ſignificatu injuria ſic ab auctore librorum *ad Herennium lib. 4. cap.* 25. definitur: *Injuria eſt, quæ aut pulſatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat*. Ergo ſic injuria eſt omne dictum factumve ad contemptum, infamiam, aut dolorem alterius directum.

A contemnendo] Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta eſt: quia nemo niſi quem contempſit, tali injuria notat.

Alias culpa, ſicut in lege Aquilia] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum eſt, injuria factum exiſtimat. Quod Ariſtoteles non ἀδίκημα, ſed ἁμάρτημα appellaret: & ita foret legendum: quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abeſt. Atque hæc eſt ſecunda injuriæ ſpecies.

Non jure contra quem pronuntiat] Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam ſi judex iniquè ſententiam dixerit, eum, qui ſententia læſus, injuriam paſſum eſſe dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantùm cùm judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, ſed etiam cùm per errorem aut imprudentiam, *l. ſi per 51. de evict.* effectu tamen juris inter hæc facta multum intereſt: & alterum verè maleficium eſt, alterum propriè non eſt, ſed quaſi maleficium, ἁμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. ſeq.* Illud huic loco contrarium non eſt, quod apud Paulum in *l. pen. de juſt. & jur.* legimus, prætorem quoque jus reddere, cùm iniquè decernit. Nam, ut ipſe illud explicat, dicitur hoc relatione facta, non ad id, quod prætor fecit, ſed ad illud, quod prætorem facere convenit: ſive nomine relato ad id quod videtur, non quod eſt; πρὸς τὸ φαινόμενον, non πρὸς τὸ ὄν.

Textus.

Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non ſolum cùm quis pugno pulſatus, aut fuſtibus cæſus, vel etiam verberatus erit; ſed & ſi cui convitium factum fuerit: ſive cujus bona quaſi debitoris, qui nihil deberet, poſſeſſa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum ſibi debere: vel ſi quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut hiſtoriam) ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: ſive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adſectatus fuerit: ſive cujus pudicitia attentata eſſe dicetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifeſtum eſt.*

Notæ.

1. *Matremfam. aut prætextatum, &c.*] Erat autem prætexta puerile veſtimentum, *l. 23. §. 2. de aur. & arg. leg. & ingenuitatis inſigne*, σύμβολον εὐγενείας, Philoſtrat. *in Herode*.

Commentarius.

1 *Re quot modis injuria fiat?*
2 *Convitium quid, & an circa id verbis injuria fieri queat?*
3 *An & quando veritas convitii excuſet injuriantem?*
4 *An eum relevet præfatio honoris?*
5 *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere?*
6 *Famoſi libelli quàm varia pœna.*
7 *Si inventor auctorem indicaverit.*
8 *Pœnæ capitali* l. un. C. de famoſ. libel. *quando locus?*
9 *Adſectari cur injurioſum?*
10 *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injurioſa attentatio pudicitiæ?*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem, & verbalem: eam, quæ ſcripto fit, alii ad realem referunt, alii, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo feciſſe videtur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* & nos ſequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis: vel lingua ſcilicet nuncupatis, vel ſcripto expreſſis. Vinn. At poteſt etiam per picturam fieri injuria, ejuſque rei lepida proſtant exempla. Enimvero & hanc ad injurias reales referri poſſe nemo dubitaverit. Hein.

Cùm quis pugno pulſatus] Propriè injuria realis eſt, quoties manus inferuntur, *d. l. 1. §. 1.* 1
Sed & illa realis cenſetur, quæ citra illationem manuum aut læſionem corporis infertur re, aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti ſi quis vexandi cauſa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum. 13. §. 3. eod.*

aut domum abſentis debitoris ſignaverit ſine auctoritate judicis, *l. ſi injuriæ.* 20. *eod.* cui ſimile, quod hìc proponitur de bonis quaſi debitoris poſſeſſis: item ſi quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publicè utatur, puta lugubri aut ſqualida veſte, aut ſi demittat barbam, ſubmittatve capillos, *l. item apud.* 15. §. *generaliter.* 27. *l. veſtem.* 39. *eod.* Cujac. 6. *obſ.* 5. & alia hujuſmodi, quæ vel geſtu ad infamiam aut contumeliam alicujus compoſito fiunt, *ὕβρις γὰρ οὐ μόνον ἡ ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ ἡ κατ' αὐτὸ ἔργον αἰσχρόν.* Euſtath. *ad Odyſſ. α.* add. Damhoud. *prax. crim. c.* 140. Theſſaur. *dec.* 22. 9.

2 *Convitium factum*] *l. item apud.* 15. §. *ait prætor.* 2. *& ſeqq. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* hæc injuria verbalis eſt. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc eſt, à collatione vocum. Nam cùm in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quaſi *convocium*. Atque ex eo apparere, non omne maledictum convitium eſſe, ſed id ſolum, quod cum vociferatione dictum eſt, ſive unus ſive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non propriè dici, ſed infamandi cauſa dictum, *d. l. item apud.* 15. §. *convitium.* 4. *&* §. *ex his.* 11. *cum ſeqq.* Verùm hanc etymologiam & definitionem Juriſconſulti reprehendit Laur. Vall. 6. *elegant.* 52. negans, uſquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam cuſtoditam inter convitium & maledictum. Inter quæ (ſi qua eſt) hanc fore ait, quod convitium eſt maledictum contumelioſum; nec utique vociferatione ſemper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani *Inſt. lib.* 7. *cap.* 3. & Ciceronis; cujus verba in oratione *pro Cælio cap.* 3. hæc ſunt: *Maledictio nihil habet propoſiti præter contumaciam, quæ ſi petulantius jactatur, convitium: ſin facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii uſurpatur in *l.* 5. *C. hoc tit.* Quicquid ſit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri poſſe conſtat: veluti ſi quis non debitorem quaſi debitorem appellaverit, *d. l. item apud.* 15. §. *ſi quis.* 33. *eod.* aut ſi quis puellam blandis verbis ſollicitet ad ſtuprum, *d. l. item apud.* 15. §. *appellare.* 20. Vinn. Conſulendus hìc omnino V. C. Car. Andr. Dukerus *de Latinit. JCt. Vet. p.* 191. *ſequ.* Hein. Tria fere hìc quæri ſolent.

3 Primum eſt, an veritas convitii excuſet injuriantem? Interpretes vulgo reſpondent, excuſare, ſi id, quod objicitur, tale eſt, ut publicè interſit illud ſciri: veluti ſi quis latro, homicida, adulter, ſacrilegus appelletur: eoque pertinere reſponſum Juriſconſulti in *l. eum qui* 18. *in pr. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non eſſe bonum & æquum condemnari: peccata enim nocentium nota eſſe oportere & expedire. Hoc autem vel maximè procedet, ſi infamaverit apud magiſtratum; quoniam tum omnino præſumitur feciſſe, ut ſuper objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquiſitio inſtitueretur. Alias ſi ex circumſtantiis animus injuriandi adfuiſſe arguatur, veluti ſi in rixa id fecerit odio impulſus, petulantiam iſtam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. rect. prov.* Sin autem quod objicitur innoteſcere nihil intereſt, puta ſi alter pœnam delicti ſui ſuſtinuerit, aut ſi vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luſcus aut gibboſus vocetur, veritatem convitii non excuſare, quominus animo injuriandi id factum præſumatur: contrarii tamen probationem hìc admittendam, *arg. l.* 5. *C. eod.* Ita ferme Gomez. 3. *reſol.* 6. *num.* 2. Mynſ. 4. *obſ.* 4. Gail. 2. *obſ.* 99. Covar. 1. *reſol.* 11. *num.* 6. *&* 7. Clar. *lib.* 5. §. *injuria. num.* 15. Vveſemb. *parat. n.* 8. Atque hanc diſtinctionem paſſim in judicando ſervari tradit Chriſtin. *vol.* 4. *dec.* 202. *n.* 32. add. D. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 7. Alterum eſt, an injurian- 4
tem relevet præfatio honoris aut proteſtatio non animo injuriandi, veluti ſi quis dicat, tu es mendax, abſit dicto contumelia, aut ſalvo honore tuo. Communis ſententia eſt, non relevare, quia proteſtatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari ſolet, vid. Gail. 2. *obſ.* 101. *n.* 1. Guid. Pap. *dec.* 465. *in fin.* Covar. 1. *reſol.* 11. *n.* 1. Clar. *lib.* 5. §. *injuria.* 13. Ant. Fab. *Cod. ſuo hoc tit. deciſ.* 1. *n.* 3.
Tertium eſt, an verbis factam injuriam verbis 5
retundere liceat. Vulgo placet licere: quippe ignoſcendum ei, qui ſe ulciſcitur provocatus, *arg. l. qui cum.* 14. §. *ſi libertus.* 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuſcumque verbis injuriam illatam repellere fas eſt, non iis quæ ad vindictam tendunt, ſed tantùm quæ pro defenſione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipſe es latro aut fur: quoniam hoc tendit ad vindictam: at impune dici poterit, tu mentiris, cùm hoc tendat ad defenſionem honoris & innocentiæ, vid. Mynſ. *cent.* 5. *obſ.* 17. Gail. 2. *obſ.* 100. Tulden. *in C. h. t. n.* 4.

Sive cujus bona quaſi debitoris] Quia cujus bona ex edicto poſſidentur, ejus fama & exiſtimatio cum bonis ſimul poſſidetur, ut ait Cicero pro *Quint. cap.* 15. Eſt autem hæc injuria realis: cui ſimilis ſpecies eſt quæ proponitur in *l. ſi injuriæ.* 20. *hoc tit.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit ſine propoſito & affectu facientis, *l.* 3. § 1. *hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem cum pleriſque retulimus etiam eam, quæ ſcriptura fit: cujus ſpecies atrociſſima eſt famoſus libellus, ſive, ut veteres locuti ſunt, malum carmen. Nunc vulgo Paſquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Paſquini cujuſdam ſtatuam hujuſmodi ſcripta affigi ſoleant. Pœna mali carminis ex lege duo- 6
decim tabularum capitalis fuit: ut apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat Augu-

ſtinus

ſtinus 2. *de civ. Dei. cap. 9. Noſtræ*, inquit, XII. *tabulæ, cùm perpaucas res capite ſanxiſſent, in his hanc quoque ſanciendam putaverunt, ſi quis carmen condidiſſet, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Præclarè. Judiciis enim ac magiſtratuum diſceptationibus legitimis propoſitam vitam, non Poetarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, niſi ea lege, ut reſpondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis poſtea ſublata videtur: nam lege Cornelia auctor famoſi carminis inteſtabilis eſſe jubetur, *l. 5. §. ſi quis. 9. hoc tit.* ubi Ulpianus ſcribit: *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret, etiamſi alterius nomine ediderit, vel ſine nomine, de re injuriarum agere licere, & ſi condemnatus ſit, qui id fecit, inteſtabilem ex lege eſſe juberi.* Noviſſimè id iterum capite ſancitum poſteriorum Principum conſtitutione, quæ extat in *l. unic. C. de famoſ. libell.* qua conſtitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit.
7 Quid ergo ſi auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum cenſet Salicetus in *d. l. un.* quem ſequitur Schneid. *hic. n. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quaſi ipſe auctor ſit, ſed ob delictum proprium: quippe utrumque flagitioſum eſſe & componere famoſum libellum, & publicare. Verùm hoc aliis diſplicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem eſſe præſumit. Indicanti verò auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l. 5. §. ult. hoc tit.* ita ut hoc rectè factum compenſet invidiam non aboliti ſcripti: cùm nec convinci auctor poſſit, ſi ſcriptum aboleatur, ut diſpu-
8 tat D. Tuld. *hic. cap. 3.* Cæterum tum demum pœna capitis prædicta conſtitutione imponitur, ſi in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus eſt, ut eadem animadverſione coerceatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias verò mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, ſecundum Gloſſ. Petr. Cyn. Salic. Angel. in *d. l. un.* Joan. de Plat. & Schneid. *hic.* Gomez. 3. *reſ. 6. n. 1.* Chriſtin. *vol. 4. deciſ. 202. num. 36.* Quod autem D. Vreſemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoſo libello eam ſolùm ſcripturam haberi, in qua objicitur ſpeciale, certum, & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: ſin autem nullum tale crimen objicitur, ſed aut contumelia aliqua, qua exiſtimatio læditur, ut ſi quis ſpurius in ſcripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti ſi appelletur flagitioſus, ſceleſtus, nebulo, &c. libellum famoſum non eſſe, ſed ſimplicem ſcriptam injuriam: id, ſi quidem vim rerum nominumque ſpectes, perperam dicitur. Non male autem, ſi conſideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quàm ſi certum & capitale crimen objiciat. Jus Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap. 1. & 3. cap. 5. quæſt. 1.* Atque hodie generali conſuetudine pœna famoſi libelli capitalis eſſe deſiit. Clar. §. *fin. q. 68. n. 25.* & Bajard. *in add. ibid. num. 64. & ſeq.* Zypæ. *not. jur. Belg.* Groenevv. *de ll. abrog. C. de fam. libell.* Perez. *ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve affectatus] Aſſectatur, qui tacitus frequenter ſequitur. Aſſidua enim frequentia quaſi præbet nonnullam infamiam. Ulp. *l. item apud. 15. §. aliud. 22. hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Juriſconſultus ſignificat, aſſectationem propterea turpem eſſe, quia videtur quis quaſi ſcortum ſectari. Nam & hodie quoque ſolent homines improbi, dum ſugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico ejus adambulare, quaſi ſcortum ad locum conſtitutum ſectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honeſta, ſive nupta ſit, ſive vidua, *l. pronunciatum. 46. §. 1. de verb. ſign.* Prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur: quod fiebat uſque ad annum decimum ſeptimum: quo tempore togam virilem ſumebant, depoſita prætexta puerili; ut meminit Cicero in *proœmio Lælii.* Hinc ætas prætextata Gellio *lib. 1. noct. cap. 23.* mores prætextati Juvenali *ſatyr. 2. verſ. ult.* ſermo prætextatus, qui aliis eſt 10
ſermo apertè obſcœnus. Sueton. *in Veſpaſ. cap. 22.* Macrob. 2. *Saturnal.* 1. aliis qui nihil obſcœnitatis habet. Prætextatum enim ſermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas ſit obſcœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depoſitis prætextis à multitudine puerorum obſcœna clamentur, auctore Feſto. Vide Budæum ad *l. ult. de ſenat.* Joan. Britan. *in d. ſatyr. 2. verſ. ult. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & nuptæ à prætextis, quas nubentes deponebant. Vinn. Injuriam quoque facere dicitur, quia à prætextato vel prætextata comites abduxerit *l. 15. §. 17. h. t.* de quo contumeliæ genere add. Caſaub. *ad Perſ. Sat. 5. v. 30.* Hein.

Pudicitia attentata] Attentari pudicitia ali- 11
cujus dicitur, cùm id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur, *l. 9. §. ult. cum l. ſeq. hoc tit.* Ut ecce ſi quis puellam aut matronam ſollicitet ad ſtuprum, injuriam ei facit: hoc enim ipſo ſignificat, ſe jam opinionem aliquam de inconſtantia morum ejus concepiſſe. Prætor appellandi verbo uſus eſt, ut apparet ex *d. l. item apud. 15. §. appellare. 20. & §. aliud. 22.* Appellare, ait ibi Juriſconſultus, eſt blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non eſt convitium facere, ſed alia verbalis injuria.

Digitized by Google

TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, ſocero & nuru.

2. *Patitur autem quis injuriam non ſolùm per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos, quos in poteſtate habet: item per uxorem ſuam; id enim magis prævaluit. Itaque ſi filiæ alicujus, quæ Titio nupta eſt, injuriam feceris, non ſolum filiæ nomine tecum injuriarum agi poteſt, ſed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem ſi viro injuria facta ſit, uxor injuriarum agere non poteſt. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum eſt. Sed & ſocer nurus nomine, cujus vir in ejus poteſtate eſt, injuriarum agere poteſt.*

COMMENTARIUS.

PAtitur quis injuriam non ſolùm directo per ſe, ſed etiam obliquè per alias perſonas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in poteſtate habet; dominus per ſervos; maritus per uxorem; ſocer per nurum, cujus vir in poteſtate ejus eſt. Etenim ad nos quoque ſpectat injuria, quæ iis fit, qui vel poteſtati, vel affectui noſtro ſubjecti ſunt, *l.* 1. §. 3. *hoc tit.* Injuria funeri teſtatoris vel cadaveris poſt aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta cenſetur. Semper enim hæredis intereſt defuncti exiſtimationem purgare. Idemque eſt, ſi fama ejus, cui hæredes extitimus, laceſſatur. Si verò id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditati fieri videtur, & ſic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l.* 1. §. *& ſi.* 4. *&* §. *quoties.* 6.

Per liberos quos in poteſtate] Hic immediatè ipſis liberis fit injuria, & mediatè per liberos patri, qui & ſuo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipſi quoque filio injuria fieri dicitur, perſecutio tamen injuriæ patri tantùm datur: non filio: niſi pater aut præſens non ſit, aut ſi vilis abjectæque conditionis perſona, *l. ſed ſi.* 17. §. *ait prætor.* 10. *cum* §§. *ſeqq. l. pater.* 41. *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* addo tertium, niſi pater præmortuus ſit. Itaque quod dicitur in *l.* 1. §. *ult. eod.* filiæfam. actionem comperere, ſic accipiendum eſt, ut tamen ſolus pater eam ſuo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare poteſt, *d. l. ſed ſi.* 17. §. *planè.* 12. Planè ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, ſed ipſe filius: patri autem prætoria actio competit, *l.* 5. §. *illud.* 6. *& ſeq. eod.* Uſque adeo autem injuria, quæ liberis noſtris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamſi illi ultro quid injurioſum patiantur, adhuc tamen noſtro nomine eam injuriam perſequi nobis liceat, *d. l.* 1. §. *uſque.* 5. *l. ſi quis.* 26. *eod.*

Per uxorem] Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantùm uxor, ſi ſui juris eſt, injuriam ſibi factam exequi poteſt; ſed etiam maritus ſuo nomine agere tamquam per latus uxoris ſibi quoque ſimul injuria illata ſit, *l.* 1. §. *ult. l. non ſolùm.* 11. §. *quamquam.* 7. *l. eum qui.* 18. §. 2. *eod.* quod in ſponſo quoque & ſponſa receptum eſt, *l. item apud.* 15. §. *ſponſum.* 24. *eod.*

Filiæ alicujus, quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus perſonis actio naſcitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium conſumitur, *d. l.* 1. §. *ult.*

Uxor injuriarum agere non poteſt] Si viro facta ſit injuria, uxor non agit, *l.* 2. *eod.* Cujus rei cauſa hæc eſſe videtur, quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant, *l.* 8. *de ſenat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, ſimul mariti dignitatem, quæ in ea ineſt, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνήρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Epheſ. c.* 5. *verſ.* 23. Planè ſi injuria marito facta directo quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti ſi quis maritum appellet lenonem uxoris ſuæ: hoc caſu etiam uxori actionem competere ſtatuunt interpretes. VINN. Hæ rationes hodie non malæ ſunt, originem tamen hujus juris non indicant. Videtur potius ex iiſdem rationibus marito actio data ob injuriam uxori illatam, ob quas patri data propter injuriam filiof. factam. Uxores enim veteres jure fuiſſe loco filiarumf. jam alibi demonſtravimus. Vid. *Antiqu. noſtr. Rom.* 1. 10. 6. *p.* 135. Sed poſtea rejecto hoc principio, concluſio manſit, quemadmodum manſit prohibitio donationum inter virum & uxorem, ex eodem principio derivanda. HEIN.

Sed & ſocer, &c.] Itaque nomine injuriæ factæ filiæfamil. nuptæ filiofam. quatuor perſonæ actionem habebunt, illa ipſa, pater ejus, & maritus, & ſocer. Per *hunc text.* contra quem ſocero actionem denegant D. Tulden. *c.* 9.

TEXTUS.

De ſervo.

3. *Servis autem ipſis quidem nulla injuria fieri intelligitur, ſed domino per eos fieri videtur: non tamen iiſdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; ſed ita quum quid atrocius commiſſum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini reſpicit: veluti ſi quis alienum ſervum atrociter verberaverit; & in hunc caſum actio proponitur. At ſi quis ſervo convitium fecerit, vel pugno eum percuſſerit, nulla in eum actio domino competit.*

COMMENTARIUS.

DUo hìc docemur. 1. ſervis, qua ſervis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuiſſe. Proinde

Digitized by Google

inde ſi ſervo convitium factum ſit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l. item apud.* 15. §. *itaque.* 44. *hoc tit.* 2. ſi quid atrocius in ſervum admiſſum fuerit, & quod apertè ad contumeliam domini reſpiciat, dominum ſuo nomine injuriarum agere poſſe, quaſi hìc non ſervo, ſed ipſi domino injuria illata ſit, *d. l. item apud* 15. §. *ſi quis.* 35. Ex quibus efficitur, leviorem injuriam ſervo factam, veluti ſi leviter percuſſus ſit, vel maledictum ei leviter, ad ſugillationem domini factam non videri: alioqui utique domino actio daretur, *d. l. item apud.* 35. junct. § 34. Deinde ne atrociorem quidem ſervo vindicari, niſi appareat, eam ſervo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit ſummi juris ratio, quo ſervi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut paſſim, ita hic quoque æquitatem ſecutus, graviorem injuriam, licet ſervo factam, & citra contemplationem domini, inultam non reliquit. Et eſſet ſanè perabſurdum, inultum prorſus manere, ſi quid atrocius privato odio & libidine in ſervum ſit deſignatum. Igitur hoc caſu dominus injuriam ſervo factam perſequetur nomine ſervi, *d. l. item apud.* 15. §. *prætor.* 34. *cum ſeq.* & §. *prætor.* 43. *cum ſeq.*

Textus.

De ſervo communi.

4. *Si communi ſervo injuria facta ſit, æquum eſt, non pro ea parte, qua dominus quiſque eſt, æſtimationem injuriæ fieri; ſed ex dominorum perſona, quia ipſis fit injuria.*

Notæ.

4. *Ex dominorum perſona*] Per enim abſurdum eſſet, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti ſi unus ſit ſenator, alter perſona humilis, §. 9. *infr. eod.* Nec obſtat *l.* 16. *eod.* Vide plura in commenr.

Commentarius.

Ob injuriam ſervo communi factam ſingulis dominis pro ratione dignitatis ipſorum actio datur. Cujus rei ſumma æquitas eſt: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par eſt. Denique ſi ubi major eſt dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox.* 9. *infr. eod.* iniquum eſſet, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod ſi alterius injuria major eſt, (cùm forte is ſenator ſit, alter perſona humilis,) majorem quoque pœnam ſtatui oportet. Neque obſtat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. ſed non.* 16. *eod.* non eſſe æquum, in caſu propoſito pro majori parte condemnationem fieri, quàm pro qua quiſque dominus eſt: quoniam ibi non quæritur, utrum ex perſona dominorum injuria æſtimanda ſit, an pro portione dominica; ſed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, ſic accipiendum ſit, ut omnes habeant in ſolidum, an pro parte dominica dumtaxat: & reſpondetur, actionem quidem omnes habere, ſed non pro majori parte, quàm pro qua domini ſunt. Ex quo minimè efficitur, in æſtimanda ea portione, perſonam & qualitatem dominorum non ſimul ſpectari: immo verba Pauli contrarium arguunt, cùm portiones officio judicis æſtimari dicit.

Textus.

De ſervo fructuario.

5. *Quod ſi uſusfructus in ſervo Titii eſt, proprietas Mævii, magis Mævio injuria fieri intelligitur.*

Commentarius.

Si ſervo injuria facta ſit, in quo unus proprietatem, alter uſumfructum habet, magis eſt ut proprietario injuria facta intelligatur, quàm ei, qui habet uſumfructum, *d. l. item apud.* 15. §. *antepen. eod.* Quod enim uſusfructus alienus eſt, id non efficit, quo minus res tota adhuc noſtra eſſe dicatur, *l. recte.* 25. *de verb. ſign.* ſed hoc obtinet in re dubia ſervoque atroci injuria affecto. Non ſi apertè in contumeliam uſufructuarii verberatus ſit, uſufructuario injuriarum actio datur, *d. l. item apud.* 15. §. *pen. eod.*

Textus.

De eo qui bona fide ſervit.

6. *Sed ſi libero homini, qui tibi bona fide ſervit, injuria facta ſit, nulla tibi actio dabitur, ſed ſuo nomine is experiri poterit, niſi in contumeliam tuam pulſatus ſit. Tunc enim competit & ibi injuriarum actio. Idem ergo eſt & in ſervo alieno bona fide tibi ſerviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta eſt.*

Commentarius.

Si iis, qui nobis bona fide ſerviunt, injuria facta ſit, ſiquidem liberi ſunt, nulla nobis actio competit, ſed ipſi ſuo nomine experiri poſſunt: ſin ſervi alieni, dominus injuriarum agit. Sed hic ſi in contumeliam noſtram pulſati ſunt, non domino, ſed nobis actio datur, *d. l. item apud.* 15. §. *antepen.* & *pen. eod.* His conſequens eſt, ut ſi famulo, mercenario, procuratori, vel ſubdito alicujus injuria facta ſit, dominus ex hac injuria non aliter agere poſſit, quàm ſi in ejus contumeliam illata ſit, verbi cauſa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. Gom. 3. *reſ.* 6. *n.* 6. Schneid. *hic. n.* 2. Tuld. *cap.* 9.

Digitized by Google

TEXTUS.

Pœna injuriarum ex l. XII. Tabb. & ex jure Prætorio.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os verò fractum nummaria pœna erant conſtituta, quaſi in magna veterum paupertate. Sed poſtea prætores permittebant ipſis, qui injuriam paſſi ſunt, eam æſtimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti injuriam paſſus æſtimaverit, vel minoris, prout ei viſum fuerit. Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta eſt, in deſuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam ſecundum gradum dignitatis, vitæque honeſtatem creſcit aut minuitur æſtimatio injuriæ. Qui gradus condemnationis & in ſervili perſona non immerito ſervatur, ut aliud in ſervo actore, aliud in medii actus homine, aliud in viliſſimo vel compedito jus æſtimationis conſtituatur.*

NOTÆ.

7. *In deſuetudinem abiit*] Cujus deſuetudinis cauſa fuit Veratius homo inſigniter improbus, qui viginti quinque aſſibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare, Gell. *noct. Lib. XX. cap.* 1.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tabb.*
2 *Inſtituto prætorum quomodo injuriæ vindicentur?*

1 INjuriæ & legibus coercentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine ſeu libello famoſo, de membro rupto, de oſſe fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri-oſſiſve ruptionem, ut conſtat ex Gellio *lib.* 20. *noct.* 1. & Paulo *lib.* 5. *ſent.* 4. De pœna famoſi libelli dictum ſuperius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis conſtituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti aſſibus ſanxit: nam atrociores, ut de oſſe fracto impenſiore damno vindicaſſe, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius teſtatur; cui & Juſtin. conſentit; ſed neuter ſummam exprimit. Putat Hotomannus, hujuſmodi injuriam in homine libero trecentis aſſibus: in ſervo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot ſeſtertios pœnæ fuiſſe autumant. Sed non eſt quod de eo ſolliciti ſimus: quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus ſubſtituta eſt, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coercet, vid. §. *ſeq.*

Talio erat] Talio ſimilem ſeu reciprocam perpeſſionem ſignificat: Impp. dixere reciprocam pœnam, *l.* 3. *C. Theod. de exhib. reis*. Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Moſaicæ conſentaneum eſt, *Exod.* 21. *Levit.* 22. *Deut.* 15. Joſeph. *antiq.* 4. *cap.* 6. Inſectatur hanc pœnam ut iniquam nimiſque acerbam & cujus executio ne procedere quidem poſſit, Phavorinus Philoſophus apud Gell. *d. lib.* 20. *cap.* 1. Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, neceſſe non fuiſſe, ut reus talionem pateretur, niſi eam ipſe elegiſſet, quippe qui ex lege facultatem paciſcendi habuerit. Sed & talionem ipſam, ſi reus depaciſci nollet, & acerbitatem talionis metueret, ad æſtimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi neceſſario ſolitam. Nam ſi reus, qui depaciſci noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æſtimata lite in pecuniam damnatum: atque ita ſi reo & pactio gravis & acerba talio viſa fuerat, ſeveritatem legis ad pecuniæ multam rediiſſe. Verba legis hæc ſunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio eſto*. Teſtibus Gellio *d. loc.* & Feſto in verbo *Talio*.

Propter os fractum] Singula oſſa membrum non conſtituunt. Nam, verbi gratia, caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia oſſa habet. Itaque os frangi etiam ſine membri ruptione poteſt.

Nummariæ pœnæ.] Uti & ob cæteras injurias minus atroces: ſed pœna oſſis fracti longè gravior erat, quàm reliquarum, quæ tantùm viginti quinque æris fuit, ut ſupra demonſtravimus.

In magna veterum paupertate] His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuiſſe valde graves: cæterum magnas ſatis veteribus viſas in magna rei nummariæ penuria. Unde D. Tuldenus ſe aliquando reſpondiſſe refert, multas quæ antiquis urbium Belgicæ conſtitutionibus adverſus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores noſtros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longè quàm hodie minorem fuiſſe. De maximo veterum Romanorum ſub Servio Rege cenſu, vid. Dion. Halicarn. *lib.* 1. Gell. *lib.* 11. *cap.* 1. Plin. *lib.* 18. *cap.* 3.

Sed poſtea prætores] Injuriarum pœna inſti- 2
tuto prætorum prius ei, cui facta eſt, deinde arbitrio judicis æſtimanda permittitur: ut ſcilicet is, qui injuria eſt affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æſtimo*. Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta, legitima ab uſu receſſit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib.* 20. *cap.* 1. refert, fuiſſe quemdam Lucium Veratium hominem inſigniter improbum, qui pro delectamento habebat, os hominis liberi manus ſuæ

pal-

Digitized by Google

palma verberare: eum ſecutum ſervulum crumenam aſſium plenam portitantem, & quemcumque depalmaverat, ei numerari ſtatim ſecundum XII. tab. 25. aſſes jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam aboleſcere & relinqui cenſuerunt, injuriiſque æſtimandis recuperatores ſe daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitæque honeſtatem] Æſtimatio injuriæ pro ratione perſonæ, cui facta eſt, elationem ſubmiſſionemve accipit. Idque in perſona ſervi quoque locum habere, tradit hic Juſtinianus. Nimirum injuriam etiam ſervo factam pro honeſtate aut vilitate muneris, cui à domino præpoſitus eſt, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æſtimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in ſervo bonæ frugi, in diſpenſatore, quàm in malo noto, in mediaſtino, aut quali quali, *l. item apud.* 15. *§. itaque.* 44. *hoc tit.*

TEXTUS.

De lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod ſe pulſatum quis verberatumve, vel domum ſuam vi introitam eſſe dicat. Domum autem accipimus, ſive in propria domo quis habitet, ſive in conducta, ſive gratis, ſive hoſpitio receptus ſit.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, ſed non publicum conſtitutum fuiſſe.*

TRes ſunt cauſæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulſatus verberatuſve, domuſve ejus vi introita ſit, *l. 5, hoc tit.* Nam etſi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* quàm quæ verbis fiunt, eam tamen non niſi civiliter inſtituere licebat.
1 Ex lege autem Cornelia criminale judicium conſtitutum eſt: quamquam poſtea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi poſſit, *l. conſtitutionibus. 37. §. 1. eod.* Publicum fuiſſe judicium quidam putant, ſed hoc refellit *l. licet. 42. §. 1. de procur.* & quod generaliter traditum eſt in *l. 7. C. hoc tit.* cauſam injuriarum non publici judicii, ſed privati querelam continere; ideoque nec inter publica judicia vel in *l. 1. de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l. 12. in fin. de accuſ.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuiſſe, executionemque injuriæ, tamquam delicti publici, patuiſſe omnibus: quod eſt proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tuliſſe videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. conſtituebat, bello civili & cædium impunitate ac proſcriptione jactatam.

Pulſatus vel verberatus] Ofilius ſcribit, *verberare* eſſe cum dolore cædere, *pulſare*, ſine dolore, *d. l. 5. §. 1. hoc tit.* Latinæ autem linguæ conſuetudinem qui ſpectat, facile obſervabit, differentiam illam non perpetuo ſervari. VINN. Aliquando tamen & veteres auctores diſtinguunt τὸ *pulſare* & τὸ *verberare*, tamquam minus & majus. Vid. V. C. Car. Andr. Duker. *de Latin. Vet. JCt. p. 147.* HEIN.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hoſpitalis intelligitur, *d. l. 5. §. 2.* unde hæc deſcripta ſunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momentanea cauſa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantùm enim ad meritoria vel ſtabula non pertinet, *d. l. 5. §. ſi tamen. 5. eod.*

TEXTUS.

De æſtimatione atrocis injuriæ.

9. *Atrox injuria æſtimatur, vel ex facto, veluti ſi quis ab alio vulneratus ſit, vel fuſtibus caſus; vel ex loco, veluti ſi cui in theatro, vel in foro, vel in conſpectu prætoris injuria facta ſit; vel ex perſona, veluti ſi magiſtratus injuriam paſſus fuerit, vel ſi ſenatori ab humili perſona injuria facta ſit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim ſenatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis perſonæ injuria æſtimatur. Nonnumquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti ſi in oculo quis percuſſus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias an filiofamilias talis injuria facta ſit: nam & hæc atrox injuria æſtimabitur.*

COMMENTARIUS.

1 *Pœna injuriæ, magiſtratui, officiali aut apparitori factæ, quatenus extendantur ex ſententia Interpretum?*

INjuria quædam levis eſt, quædam atrox. Quæ ſit injuria levis, ex deſcriptione atrocis ſimul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quaſi contumelioſiorem & majorem, *l. 7. §. atrocem. 7. hoc tit.* eoque vel ſpecie talis eſt, reque ipſa & facto; vel ex circumſtantiis, loco, tempore, perſona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per ſe atrox non ſit, *d. l. 7. §. ult. cum ll. ſeqq.* Atque ex his cauſis injuriæ æſtimatio augeri poteſt, & pœna judicis arbitrio exaſperari. Exemplis res illuſtratur in textu.

Vel ex facto] In æſtimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti ſi vulnus illatum

tum ſit, ſi quis faſtibus cæſus, aut cui os percuſſum, *d. l. 7. in fin.* vel ſi veſtimenta ſciſſa, aut inſigne alicui convitium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine. Liban. *orat. 2. ad Theod.*

Vel ex loco] Secundo æſtimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti ſi in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per ſe non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem efficere, facinus eſt indigniſſimum. Idem ergo dicendum eſt de foro & ſimilibus locis, *hoc text. & d. l. 9. §. 1. eod.* & denique ſi injuria facta ſit ludis aut in conſpectu magiſtratus: quæ ad circumſtantiam temporis referuntur in *d. l. 7. § ult. eod.*

Vel ex perſona] Poſtremo & perſonæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti ſi ei inferatur, qui eſt in ſacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert, *l. 4. C. hoc tit.* vel ſi liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant, vel de plebe aliquis ſenatorem, virumve ob ſapientiam & virtutem venerabilem; aut ſi magiſtratui injuria fiat, *hoc text. & d. l. 7. §. ult.* Tertullianus *de anima*: *Gravis injuria in præſidem eſt, cùm officia pulſantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obſequitur excuſatur.*
2 Hanc autem injuriam etiam capitali pœna poſſe compeſci, cenſent Decius *in cap. ex litteris. 11. n. de conſtit.* Menoch. *de arbitr. caſ. 239.* quamquam alii intereſſe putant, utrum magiſtratui, ut cuilibet, an qua magiſtratu, id eſt, ad turbandam adminiſtrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad ſeditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in ſeditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus pœna eſt deportatio, *l. 3. l. qui dolo. 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ.* quibus aſſentior. Vide Tulden. *tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem ſive principis, ſive ſenatus, ſive alterius domini aut judicis inferioris, graviſſimè puniendus eſt, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magiſtratuum juriſdictionem pertineat. Sed tamen ex cauſa aliter atque aliter ſtatui ſolet, vid. Ant. Fab. *C. ſuo, hoc tit. definition. 6.*

Locus vulneris] Interdum atrox injuria cenſetur ex loco ictus, veluti ſi quis in oculo percuſſus fuerit, *l. 8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib. 11. c. 37.* ait, ſunt pars corporis pretioſiſſima, qui lucis uſu vita diſtinguunt à morte, ὀφθαλμοὶ σώματι ἀξιόλογον βίον ἐργάζονται. Baſil. *orat. 36.* Sed hæc ſpecies ad primam referri poteſt, quæ ſcilicet ipſo facto atrox eſt.

Utrum patriſam. an filioſam.] Utrum injuria patri an filiofam. facta ſit, ad augendam aut minuendam injuriæ æſtimationem nihil intereſt, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio eſſe videtur, quod patris aut filiif. nomen non eſt nomen dignitatis.

TEXTUS.

De judicio Civili & Criminali.

10. *In ſumma, ſciendum eſt, de omni injuria eum, qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel civiliter. Et ſiquidem civiliter agatur, æſtimatione facta, ſecundum quod dictum eſt, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet obſervando, quod Zenoniana conſtitutio introduxit, ut viri illuſtres, quique ſuper eos ſunt, & per procuratores poſſint actionem injuriarum criminaliter vel perſequi, vel ſuſcipere ſecundum ejus tenorem, qui ex ipſa manifeſtius apparet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem eſſe, non criminalem.*
2 *In actione criminali pœnam extra ordinem conſtitui. Civili electa, hanc conſumi, & contra.*
3 *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat? Ubi quædam conſuetudine recepta.*

QUemadmodum de furto, aliiſque maleficiis non tantùm civiliter agi poteſt, ſed etiam criminaliter, *l. ult. de furt. l. ult. de priv. delict.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili poſtulat actor, ut reus in tantam ſummam condemnetur, quantam ipſe injuriam æſtimat. Cæterum judex eam æſtimationem moderari poteſt, ſi forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, ſed, ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione ſui nebulam hìc etiam objiciente iracundia, *§. pœna. 7. ſup. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria eſt, ita ipſi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio oppoſita criminalis civilis dicitur, quamvis prætoria ſit ratione cauſæ efficientis.
Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, 1
& per revocationem opprobrii reſtitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam ſeu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more ſeu ſtylo conjungi & cumulari ſolet: nam jure civili Romanorum ea actio incognita eſt. Vir Clariſſimus Ant. Matth. *ff. ad hunc tit. cap. 3. n. 7.* Criminalem hanc eſſe actionem contendit Marant. *part. 4. diſt. 1. n. 10.* Sed falſo. Neque enim in hoc inſtituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fiſco: ſed tantùm ut honori & exiſtimationi ejus, qui læſus eſt, conſulatur, & alioqui cumulatio iſta non admitteretur. Mynſ. *2. obſ. 98.* Gail. *1. obſ. 65.* VVurmſ. *1. pract. tit. 47. obſ. 8.* Criminali

actio-

actione poſcitur vindicta in exemplum publi- 2 cum, atque extra ordinem ex cauſa & perſona arbitrio judicis pœna conſtituitur, reuſque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut fit in judicio civili, ſed fiſco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utram autem ex his perſecutionibus actor elegerit, una alterum conſumit: quia utraque ad eumdem finem, id eſt, ad vindictam comparata eſt, *l. 6. & 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand. civil. act. crim.* & ibi Bart. *n.* 2. Gail. *d. obſ. n.* 1: Marant. *d. diſt. n.* 5. Matth. *d. loc. n.* 8. Sed & utroque judicio condemnatum ſequitur infamia, *l. 7. in pr. h. t. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos.* 3 18. *C. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, ſi curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit.* fac. ratio in *l. 1. C. de ſent. & interl.* Addunt ergo interpretes, ſi ante ſententiam definitivam aut utique ante litem conteſtatam æſtimationem injuriæ ſolverit, aut actore nolente recipere apud acta depoſuerit, *arg. l. ſi reus. 73. de procur.* Gail. 2. *obſ.* 102. *num.* 12. *& obſ. ſeq. per tot.* Vvurmſer. *d. tit.* 47. *obſ.* 5. *num.* 7. Vveſemb. *parat. de his qui not. infam. n.* 9. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 202. *num.* 26. Quod neſcio an juri noſtro conſentaneum ſit. Nam textus in *d. l. ſi reus. 73. de procur.* commodè accipi poteſt de iis, qui tantùm damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in cauſa injuriarum, cùm etiam plus ſit ſolvere, quàm paciſci, *arg. l. 4. §. ult. cum leg. ſeq.* junct. *l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, ſed conſuetudine receptum eſt, ut judex ex cauſa ſententia ſua honorem condemnato conſervare poſſit. Gail. 1. *obſ.* 65. *num.* 6. Vveſemb. *conſ.* 22. *n.* 26. Marq. Freher. *de exiſtim. lib.* 3. *cap.* 8. *& ſeq.* Chriſtin. *vol.* 4. *num.* 20 *dec.* 202. Equidem non ignoro, juris eſſe, ut gravior pœna ultra legem impoſita exiſtimationem conſervet, quaſi ſententia de exiſtimatione tranſactum ſit, *l. quid ergo.* 13. *§. fen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum ſi ſententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam. 4. ad SC. Turp.* & regula tradita in *l. non poterit. 63. de furt.* Zaſ *in l. acta. 45. §. de amplianda. 1. de re judic.* Donell. 18. *comm.* 8.

Viri illuſtres & per procuratores] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per ſe & per procuratorem poteſt, *l. non ſolum.* 11. *§* 2. *h. t.* criminaliter non poteſt, niſi per ſe, propter inſcriptionem in crimen. Cæterum Zeno conſtitutione ſua illuſtribus, veluti conſulibus & patriciis, & ſuperilluſtribus perſonis, ſpecialiter permiſit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel ſuſcipere vel movere poſſint, *l. ult. C. h. t.* De conſuetudine autem Belgii in cauſa injuriarum procuratores indifferenter admitti teſtatur Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 202. *n.* 7. Buſ. in *l. licet. 42. §. 1. de procur.* Vinn. Et id ubique obſervatur, partim quia inſcriptio hodie ceſſat, partim quia non amplius aliquis uſus eſt dominii litis. Ceſſante autem cauſſa unica & adæquata, effectum etiam ceſſare oportere palam eſt. Hein.

Textus.

Qui tenentur injuriarum.

11. *Non ſolùm autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id eſt, qui percuſſit; verùm ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit, ut cui mala pugno percuteretur.*

Commentarius.

Actio injuriarum non ſolùm adverſus eum datur, qui re ipſa injuriam fecit, verùm adverſus eum quoque, qui ſubornavit aliquem, ut faceret, *l. non ſolùm. 11. pr. h. t.* puta, mandando, inſtigando, conſilium dando, *d. l. 11. §. 3.* Add. quæ notamus ad *§. illud. 7. ſup. de mand.*

Textus.

Quomodo tollitur hæc actio:

12. *Hæc actio diſſimulatione aboletur, & ideo ſi quis injuriam dereliquerit, hoc eſt, ſtatim paſſus ad animum ſuum non revocaverit, poſtea ex pœnitentia remiſſam injuriam non poterit recolere.*

Commentarius.

1 *Remiſſa injuria adhuc peti poſſe impenſas, &c.*
2 *Cur diſſimulatione injuria aboleatur?*
3 *An idem obtineat & in reali injuria?*
4 *Plures ſpecies tacitæ remiſſionis: inter eas non eſſe communionem cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utiliſne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat?*
6 *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam eſſe.*

Injuriarum actio tollitur remiſſione injuriæ. Eaque vel expreſſa, puta ſi quis cum adverſario paciſcatur de lite, aut tranſigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiſcuntur, facere licet etiam abſque infamiæ nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipſo etiam jure hæc actio tollitur, *l. ſi ſibi. 17. §. 1. l. ſi unus. 27. §. 2. de pact. l. ſed ſi. 17. §. ſi ante. 6. hoc tit.* Quin & abſente atque ignorante adverſario injuriam remitti poſſe, cenſent juris noſtri interpretes. Cæterum remiſſa inju- 1 ria, nihilominus peti poſſunt impenſæ curationis & pretium intermiſſarum operarum, ſi forte vulnus illatum, membrum aut os fractum.

Quip-

Quippe quæ ob damnum , non ob contu-
meliam debentur , *l. item apud..* 15. §. *ſi*
quis. 46. *eod.* Clar. *lib.* 5. §. *fin. q.* 58. *n.*
38. Covar. 2. *reſol.* 10. *n.* 7. Gomez. 3.
reſ. 3. *n.* 37. Vel tacita , veluti ſi quis ſine
ullo offenſæ aut commoti alienative animi
indicio injuriam excepit , ut hic docet Ju-
ſtinianus ex Ulpiano in *d. l.* 11. §. 1. *hoc*
2 *tit.* Ubi Juriſconſultus ait , injuriarum a-
ctionem ex bono & æquo eſſe , & diſſimu-
latione aboleri , ſi quis injuriam illatam
ſtatim ad animum non revocaverit . Qui-
bus verbis ſignificat , diſſimulationem eſſe
ſpeciem quamdam condonationis & remiſ-
ſionis injuriæ ; iniquum autem eſſe repeti ,
quod ſemel remiſſum eſt . Et profecto cùm
actio injuriarum non perſequatur damnum
aliquod pecuniarium , ſed tantùm ad vin-
dictam tendat , is qui diſſimulat , nec ad
animum injuriam revocat , eam inſuper ha-
bere videtur , & tacitè condonare ac re-
mittere : atque hinc eſt , quod clauſula
hæc libello inſeri ſolet , quod actor inju-
3 riam ſibi factam ad animum revocaverit .
Hoc autem obtinere quidam volunt in in-
juria verbali dumtaxat . In reali verò , pu-
ta ſi vulnus inflictum , ſi quis fuſtibus cæ-
ſus , conjecturam illam non ſufficere . Tul-
4 den. *hic. cap. ult.* Diſſimulationis quoque &
tacitæ remiſſionis ſpecies quædam videtur ,
ſi quis cum eo , à quo injuria affectus eſt ,
familiariter poſtea fuerit converſatus . Clar.
§. *injuria . num.* 10. Damhoud. *prax. crim.*
cap. 136. *n.* 10. Utique ſi ſponte & motu
proprio . Nam verbi cauſa , ſi ad commu-
ne convivium vocatus cum adverſario vene-
rit , non ideo cenſetur remiſſa injuriarum
actio . Sicut nec communione cœnæ domi-
nicæ , uti definivit Curia Friſiæ , teſte D.
Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 12. Ant.
Matth. *ff. hoc tit, num.* 15. quem vide . *Nai*
vel . Item ſi injuriam paſſus lite non inſti-
tuta deceſſerit : nam ideo hæredi ejus non
datur , cum cæteræ actiones pœnales etiam
hæredibus competant , *l. injuriarum.* 13. *in*
pr. hoc tit. §. 1. *inſt. de perp. & temp. act.*
Et denique ſi tempus inſtituendæ huic actio-
ni præfinitum elabi paſſus ſit , annum nimi-
rum unum , *l. ſed ſi.* 17. §. *ſi ante.* 6. *in.*
fin. hoc tit. l. 5. *C. eod.* Utrum autem hic 5
annus continuus ſit , an utilis , ambigitur .
Continuum intelligi debere communis DD.
ſchola exiſtimat , Clar. *d.* §. *injuria. num.*
9. Mynſ. 5. *obſ.* 7. quæ ſententia etſi uſu
forenſi recepta eſt , de jure tamen verior vi-
detur eorum , qui utilem accipiunt , per
text. in *l. item ſi.* 14. §. *ſi cauſa.* 2. *quod*
met. ca. & facit quod in cæteris prætoriis an-
nalibus annus utilis intelligitur , ut conſtat
ex èdictis , quibus proponuntur . Dicitur
autem tempus utile tum ratione decurſus ,
ut in eo non computentur dies , quibus ex-
periundi aut judicis adeundi poteſtas non
eſt , *l.* 1. *in fin. de diverſ. & temp. præſcr.*
l. 3. §. *ult. de accuſ.* tum ratione initii ,
quod non incipiat currere ignoranti aut expe-
riri impedito , *d. l.* 1. *de div. & temp. præſc.*
l. 2. *quis ord. in bon. poſſ.* atque hoc ſaltem
reſpectu utilem hìc annum accipiendum , qui
à die ſcientiæ demum currat ; contra Oldend.
claſſ. 7. *act.* 10. Schneid. *ad* §. *ſed &* 8.
hoc tit. & alios quoſdam , rectè docent Gail.
2. *obſ.* 105. Mynſ. 5. *obſ.* 7. *num.* 7. Fachin.
9. *cont.* 8. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 201. *num.*
8. 9. *&* 10. Planè quod dicimus , actionem 6
injuriarum anni ſpatio finiri , id tantùm per-
tinet ad actionem prætoriam : nam eam ,
quæ ex lege Cornelia injuriarum competit ,
verius eſt , perpetuam eſſe , uti ſunt & cæteræ ,
quæ ex legibus & jure civili deſcendunt ,
inſ. de perp. & temp. actio. in pr. Clar. *d.* §.
injuria n. 9. Marant. *part.* 4. *diſtinct.* 1. *n.*
59. Fachin. 9. *contror.* 7. quod etiam rerum
judicatarum auctoritate confirmatur . Mynſ.
1. *obſerv.* 84. *&* 5. *obſerv.* 7. Gail. 2. *obſerv.*
105. VVurmſer. *tit.* 47. *de injur. obſerv.* 1.
dec. Cur. Holl. 13. D. Joan. à Sande *lib.* 5.
tit. 8. *defin.* 3. Non obſtat huic ſententiæ *l.*
5. *C. hoc tit.* Nam illa non de omni injuria
loquitur , ſed de verbali dumtaxat ; quo
nomine conſtat ex lege Cornelia injuriarum
agi non poſſe .

TITULUS QUINTUS.
DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 47. Tit. 5. C. Lib. 9. Tit. 3.

Continuatio . Quid ſit quaſi maleficium & unde ita dictum?

QUarta & ultima obligationis cauſa eſt quaſi maleficium , de quo exponendo hic ſolus locus ſupereſt . Quaſi maleficium eſt omne factum , quo quis propriè quidem dici non poteſt deliquiſſe , ſed tamen quod maleficio eſt proximum . Etenim ut quædam ſunt negotia , quæ licet revera contractus non ſint , tamen ad fines contractuum proximè accedunt , & ideo quaſi contractus nominantur ; ita quædam etiam ſunt facta , quæ quamvis propriè in ſpeciem aliquam delicti non cadant , tamen ſimilitudine quadam ad delicta pro-

propius accedunt, quàm ad contractus: quæ ideo noſtri *quaſi maleficia* & *quaſi delicta* appellaverunt: quorum quatuor ſpecies hoc tit. proponuntur & explicantur.

Textus.

Si judex litem ſuam fecerit.

Si judex litem ſuam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur: ſed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus eſt, & utique peccaſſe aliquid intelligitur licet per imprudentiam; ideo videtur quaſi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam ſuſtinebit.

Commentarius.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans non æquè ex delicto obligetur ac medicus male curans? & circa hoc mores hodierni.*

2 *Cur, adverſus quem, qua de re, ex hac cauſa actio detur?*

3 *Dolus judicis quomodo puniatur?*

SPecies quaſi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur eſt, ſi judex male per imprudentiam judicaverit; quo etiam hoc factum refert Cajus, *l. 5. §. ſi judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hìc locus deſcriptus eſt. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum eſt. Dices, & per imprudentiam ſive imperitiam aliquem lædere verum eſſe delictum; quippe cùm ſit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam ſecantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, *§. imperitia.*
1 *7. ſupr. de leg. Aquil.* Cur igitur non item dicimus, judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obſtringi, ſed tantùm quaſi ex delicto: Nimirum quia medicis periculoſam imperitiam delicto ſubjicit temeraria profeſſio ſcientiæ; Judex autem non profeſſione juriſprudentiæ cenſetur, ſed publica auctoritate conſtituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per ſe culpa non eſt: ſed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adſcribitur, *l. 9. §. penult. l. item quæritur. 13. §. ſi gemma. 5. locat.* Denique caſus hic ſeparatus eſt à lege Aquilia, qua damnum corpori datum dumtaxat coercetur, *§ ult. ſupr. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari ſolent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex ſententia ſine dolo malo tantùm per imperitiam prolata tenetur; ſed iniquitati ſententiæ occurrendum eſt remedio appellationis: teſtis D. Tulden. *hic. caſ. 1.* & Joſeph. Ludovic. *dec. 1. n. 50.* Baro *comment. part. ult.* Burgnon. *lib. 1. de leg. abrog. Satyr. 2. & 124.* add. Papon. *lib. 16. tit. 2. arreſt. 12. 13. 14.*

Litem ſuam fecerit] Litem ſuam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis ſe obſtringit, cauſamque ejus, ſecundum quem pronuntiatum eſt, ſuſcipere cogitur, & quaſi ſuam defendere. In ſumma, quia ex judice fit reus. Cicero *2. de orat. cap. 75. Quid ſi, cùm pro altero dicas, litem tuam facias? &c.*

Licet per imprudentiam] Judex male judicando litem ſuam facit, non tantùm cùm dolo malo iniquè decernit, ſed etiam cùm imprudenter: ſed illo caſu ex vero, hoc ex quaſi delicto obligatur, *d. l. 5. §. ſi judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quaſi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur ſalva exiſtimatione, *d. l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis conſtituta 2
eſt, qui ea ſententia læſi ſunt; proinde actori, ſi reus injuſtè abſolutus eſt; reo ſi injuria eſt condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata eſt damni ſarciendi cauſa: aliis autem ſarciri non poteſt, quàm quibus damnum eſt. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in caſu propoſito neceſſarium eſt, non eſt æquum adverſus judicem, à quo appellavit, hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum 3
& infame delictum ſeverius vindicatur: nam qui τὴν χεῖρα μιαίνων δώροις, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam ſententiam dixiſſe arguitur, & famæ diſpendium patitur, & veram litis æſtimationem ei, quem læſit, præſtare cogitur, *l. filiusfam. 15. §. 1. de judic. l. ultim. C. de pœn. jud. qui male jud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Juliæ repetundarum facit, *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.*

Textus.

De dejectis, vel effuſis, & poſitis aut ſuſpenſis.

1. *Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipſius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effuſumve aliquid eſt, ita ut alicui noceret, quaſi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non propriè ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut ſervi aut liberi. Cui ſimilis eſt is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri ſolet, id poſitum aut ſuſpenſum habet, quod poteſt, ſi ceciderit, alicui nocere. Quo caſu pœna decem aureorum*

con-

Digitized by Google

conſtituta eſt. De eo verò, quod dejectum effuſumve eſt, dupli, quantum damni datum ſit, conſtituta eſt actio. Ob hominem verò liberum occiſum, quinquaginta aureorum pœna conſtituitur. Si verò vivat, nocitumque ei eſſe dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præſtitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta ſunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus eſt, ob id quod inutilis eſt factus.

NOTÆ.

1. *Ob alterius culpam*] Habitator ſuam ſuorumque culpam præſtare debet, *l. pen. d. tit.*

Pœna decem aureorum] Adverſus eum, qui poſuit aut poſitum patitur, actio in factum in decem aureos datur, *d. l. 5. §. 6.* quæ actio popularis eſt, id eſt, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.*

Judex computare debet mercedes] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æſtimatio, *d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIUS.

Secunda ſpecies quaſi maleficii eſt, non præcavere, ne quid à domeſticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod tranſeuntibus nocere poſſit, *l. 5. §. is quoque. ſen. de obl. & act.* Unde ſi quid dejectum effuſumve alicui nocuit, conſtituta eſt à prætore actio adverſus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is caſus prodiit, *l. 1. & paſſ. de his qui dej. vel effud.*

Vel proprio ipſius vel conducto] Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito conceſſum ſit, nihil intereſt. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cùm quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in ſuo, vel in conducto, vel gratuito. Hoſpes planè non tenebitur: quia non ibi habitat, ſed tantiſper hoſpitatur; ſed is tenetur, qui hoſpitium dederit. Multum autem intereſt inter habitantem & hoſpitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum eſt, in quemvis hæc actio in ſolidum dabitur. Sed ſi cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi dejectum ſit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpoſitus eſt, *l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum effuſumve] In eum ſcilicet locum, quo vulgo iter ſit, vel in quo conſiſtitur. Quod meritò prætor edixit: quippe cùm publicè interſit, ſine metu & periculo per itinera commeari. Ad ſecreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil intereſt, utrum publicus locus ſit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d. l. 1. in pr. §. 1. & 2.*

Ideo non propriè ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum eſt, quod alicui nocuit, is propriè dici non poteſt ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur proſpexiſſe & caviſſe, quod proſpicere & cavere debebat, ne quid à domeſticis, quorum etiam culpam præſtare debet, *l. penult. §. 2. eodem titul.* dejiceretur, peccaſſe aliquid intelligitur, & ideo quaſi ex maleficio tenetur. VINN. De dejectis & effuſis & ante prætores caviſſe legem Aquiliam, exiſtimat V. A. Corn. van Bynkersh. *Obſ. 1. 13.* immo ipſum caput legis Aquiliæ ſecundum ea de re egiſſe cenſet. Quæ ſi vera ſunt, (ſunt autem veriſimillima,) eo majus robur accedet ſententiæ eorum, qui legem Aquiliam & vera & quaſi delicta vindicaſſe exiſtimant. HEIN.

Poſitum aut ſuſpenſum] Tertia ſpecies quaſi maleficii eſt, eo loco, per quem vulgo iter fit, aliquid poſitum aut ſuſpenſum habere, cujus caſus prætereuntibus aut in eo loco conſiſtentibus nocere poſſit, *l. 5. §. is quoque. 5. de oblig. & act.* Et adverſus eum, qui poſuit, aut poſitum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *l. 5. §. prætor ait. 6. cum ſeqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis eſt, id eſt, cuivis è populo conceditur, *d. l. 5. §. ult.* Nam privata eſſe non poteſt, quoniam competit, cùm nondum cuiquam nocitum eſt.

De eo, quod dejectum, dupli] De dejecto aut effuſo ita ut alicui noceret, conſtituta eſt ei, cui nocitum eſt, actio in duplum damni dati, *l. 1. in pr. d. tit.* Hæc igitur actio gravior eſt, quàm civilis ex lege Aquilia, quæ non niſi adverſus inficiantem in duplum datur, *§. ſed furti. 26. in fin. de act.* nimirum prætor ſecuritati viarum & locorum publicorum ſic melius proſpectum iri exiſtimavit. Datur adverſus habitantem, ut ſupra dictum eſt: cui rurſus conſulitur actione in factum adverſus dejectorem, *l. 5. §. cum autem. 4. de his qui dej.*

Ob hominem liberum occiſum 50. aureorum] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, *l. 1. in pr. d. tit.* Damni æſtimatio hìc non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æſtimatio fieri poteſt, *d. l. 1. §. ſed cum. 5. eod.* eaque de cauſa actio ex parte edicti popularis quoque eſt, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem. 5. eod.* junct. *l. 12. de verb. ſignif.*

Si vivat, nocitumque ei eſſe dicatur] Hæc vet-

Digitized by Google

verba edicti, *ſi vivat, neciſumque ei eſſe dicatur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta ſunt, ſi forte veſtimenta ejus, vel quid aliud ſciſſum ruptumve eſt: ſed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hæc autem.* 6. puta ſi vulneratus ſit, aut membro aliquo mutilatus: quo caſu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. 1. in pr.* quæ læſo perpetua eſt, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. hæc autem.* 5. In litis æſtimatione computantur ſumptus curationis & operarum amiſſio: nam cùm hujus damni cauſam dejector attulerit, æquum eſt, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Pœna dupli & 50. aureorum ob hominem liberum occiſum exolevit: vid. Groenevv. *de leg. abrog.* hìc, & ibi citatos: & adde, quæ notavimus *ſup. ad pr. n. 2. & §. his autem. 9. item ad §. capite tertio n. 2. de leg. Aquil.*

T E X T U S.

De filiofamilias ſeorſim habitante à patre.

2. *Si filiusfamilias ſeorſum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effuſumve fuerit, ſive quid poſitum ſuſpenſumve habuerit, cujus caſus periculoſus eſt, Juliano placuit, in patrem nullam eſſe actionem, ſed cum ipſo filio agendum eſſe. Quod & in filiofamilias judice obſervandum eſt, qui litem ſuam fecerit.*

N O T Æ.

2. *In patrem nullam eſſe actionem.*] Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur, quia hìc non ex contractu, aut quaſi ex contractu, ſed quaſi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre numquam agitur, § *ult. inſ. de nox. act.*

C O M M E N T A R I U S.

1 *Cur in propoſito in patrem de peculio actio non detur? & num. 2.*

SI ex filiifam. ſeorſum à patre habitantis, cœnaculo quid dejectum effuſumve fuerit, ſive is poſitum ſuſpenſumve quid habuerit, cujus caſus nocere poſſit; non in patrem, ſed in ipſum filium judicium datur, *l. 5. §. is quoque. pe-*
1 *nult. de obligat. & action.* In patrem de peculio ideo non datur, quia in ſpecie propoſita non ex contractu aut quaſi ex contractu, ſed quaſi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. ſi filiusfam. 7. de his quæ deje.* neque enim vel ob maleficium vel ob quaſi maleficium filiifa. ullo modo cum patre agi poteſt, non actione noxali, *§. ult. inſ. de noxal. act.* non de peculio, *l. in pœnalibus. 58. de R. I.* Quippe pater filio peculium concedens præſumitur quidem velle & facto filii pro modo peculii obligari, cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Planè ſi judicio cum filio actum ſit, iſque in certam ſummam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri poteſt, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pec.*

Quod & in filiofam. judice] Filiusfam. judex ſi litem ſuam fecerit, non pater, ſed ipſe actione in factum tenebitur, *l. filiusfam. 15. de judic.*
Cujus rei eadem ratio, quam ſuperius dicebamus: quoniam actio de peculio tum demum in 2
patrem datur, cùm filius ex contractu obligatus eſt: hìc autem quaſi ex delicto tenetur, ubi ſcilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod ſi dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum eſt. Quod autem Ulpianus ſcribit, in *d. l. filiusfam. 15.* qui litem ſuam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cùm ſententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Conſuli tamen poterunt Accurſ. *ad d. l.* Cujac. 13. *obſ.* 18. Ant. Fab. *in rationalib.*

T E X T U S.

De damno aut furto, quod in navi aut caupona, aut ſtabulo factum eſt.

3. *Item exercitor navis, aut caupona, aut ſtabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut ſtabulo factum erit, quaſi ex maleficio teneri videtur: ſi modo ipſius nullum eſt maleficium, ſed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut ſtabulum exercet. Cùm enim neque ex maleficio, neque ex contractu ſit adverſus eum conſtituta hic actio, & aliquatenus culpa reus eſt, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quaſi ex maleficio teneri videtur. In his autem caſibus in factum actio competit; quæ heredibus quidem datur, adverſus heredem autem non competit.*

N O T Æ.

3. *Item exercitor navis*] Ex Cajo *l. 6. §. ult. de oblig. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, caupones, ſtabularii*, &c. cujus initium *l. pen. §. ult. d. tit.*

De dolo] *d. l. 5. §. ult.* Cujac. & Hotom. *de damno*, auctoritatem Flor. codicis ſecuti & ſententiam, *l. 5. §. 1. naut. caup.*

Caupona aut ſtabulo] Apparet, ſtabulum hìc non accipi pro caupona aut diverſorio, ut alias ſæpe: ſed pro loco, ubi jumenta ſtabulantur, *l. 5. naut. caup. ſtab.* pro ταμιείῳ κτηνῶν.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

DE damno & furto, quod in navi, caupona, ſtabulo factum eſt, duæ actiones edicto prætoris conſtitutæ ſunt adverſus eos, qui navem, cauponam, ſtabulum exercent; quarum una eſt ex contractu, altera quaſi ex maleficio. Prior eſt de iis, quæ nautæ, caupones, ſtabularii à vectoribus aut hoſpitibus invecta aut illata ſalva fore receperunt. Conſtituta eſt in id, quanti ea res eſt, quæ ſalva non reſtituitur, *l. 1. naut. caup. ſtab.* Ex eadem cauſa eſt & actio civilis ex locato aut conducto aut depoſiti; nec tamen ideo otioſa eſt actio honoraria: quippe quæ etiam tunc locum habet, cùm damnum datum eſt, aut res periit ſine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, *l. 3. §. 1. dict. tit.* quo loco & *d. l. 1. §. 1.* etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quàm in cæteris conſtituta ſit: nempe ut innoteſceret, prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cùm ex contractu deſcendat, huc non pertinet: ad eam referendæ ſunt interpretationes veterum ſub *d. tit. naut. caup. ſtab.* uſque ad *l. pen. §. ult.* Altera actio eſt ex quaſi maleficio, ſi damnum aut furtum factum ſit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, ſtabularii utuntur, *l. 5. §. ult. de obl. & act. d. l. pen. §. ult. naut. caup. ſtab.* quæ huc pertinet. Conſtituta eſt adverſus eaſdem perſonas & de iis ſimiliter, quæ in navem, cauponam, ſtabulum illata ſunt. Ex quaſi maleficio ideo eſſe dicitur, quia ſpecies culpæ habetur, malorum hominum uti miniſterio, *d. l. 5. §. ult. de oblig. & action. & hoc text.* Quare ſi quid eorum factum ſit à vectoribus aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quaſi delicto actio locum non habet, *d. l. ult. §. 2. naut. caup. ſtab.* ſed prior illa ex contractu, *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. in pr. eod.* Illa pœnalis eſt in duplum, *d. l. ult. §. 1.* quia prætor utilitatem hìc etiam publicam ſpectavit, dum proſpicit ſecuritati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit, ut & cæteræ ſimiles.

Caupona aut ſtabulo] Stabulum pro diverſorio ſeu caupona aut πανδοχεῖῳ, vel καταλύματι ſæpe accipi, ſatis notum eſt. In hoc autem edicto, ubi prætor ſtabularios à cauponibus diſtinguit, ſignificat locum, ubi jumenta ſtabulantur, *l. 5. ff. d. titul.* ταμεῖον κτηνῶν, ἱπποστάσιον, ὀνοστάσιον, cujuſmodi ſtabula fere cauponis adjuncta ſunt, & utraque ab uno exercentur.

In his caſibus in factum actio] Hoc etiam ad caſus præcedentes pertinet: nam quaſi maleficia omnia ſubſidiariis in factum actionibus vindicantur.

Heredi quidem datur] *d. l. ult. §. 1. & ult. naut. caup. ſtabul.* commune autem hoc eſt omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, ſed adverſus hæredem non competant: neque enim æquum eſſet, hæredem ex delicto defuncti pœnam ſuſtinere, *vid. infr. §. 1. de perp. & temp. action.*

TITULUS SEXTUS.

DE ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

Continuatio.

TEXTUS.

Supereſt, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum interpp. notatus.*
3 *Actio ut conſideranda, quatenus tertium juris objectum conſtituit?*
4 *Ex quo jure actiones proficiſcantur, accurata diſſertatio.*
5 *Actionis nomen quàm latè pateat?*
6 *Quot modis uſurpetur à noſtris? & quæ ſignificatio huc pertineat?*

SUpereſt] Tranſitio hæc imperfecta eſt, catens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem reſpicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus; quod non ita eſt. Potuiſſet ſanè Tribonianus perfecta tranſitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti; atque hic locus id vel maximè deſiderabat propter longam, quæ interceſſit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis ſequentis non abſque adeo obſcura eſt, quin facile ab homine non nimis luſcitioſo pervideri queat. Et nimirum 1
reſpicit Imperator tum ad partitionem propoſitam in calce *titul. de jur. nat. gent. & civ.* qui ſecundus eſt libri primi hujus operis, quo loco totius juris noſtri tractationem ad tria capita, quæ totidem ſunt objecta hujus diſciplinæ, revocavit, quorumque primum ad perſonas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad tranſitionem, quam facit in ingreſſu libri ſecundi. Nempe quo ordine partes iſtas ſummas propoſuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps ſingulas explicare inſtituit. Igitur cùm primus locus in iſta partitione, & merito quidem

tributus eſſet perſonis, etiam primo loco, hoc eſt, reliqua parte libri primi de perſonis diſputatum eſt, hoc eſt, de eo jure, quo quiſque in civitate pro ſtatu ac conditione perſonæ ſuæ cenſetur. De rebus, hoc eſt, quod cujuſque in rebus externis proprium eſt, aut ei debetur, ſive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipſas ad eamdem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de oblig.* tractatum libro ſecundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, uſque ad præſentem locum: quibus locis ſimul nobis explicati ſunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expoſitis ergo ex tribus membris propoſitis prioribus duobus, ſupereſt adhuc tertium & poſtremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hìc jam
2 ſuſcipitur. Hinc verò perſpicuum eſt, errare, quod diximus, interpretes veteres & cum iis Mynſing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri exiſtimant *lib. præced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eamdem continuari: quaſi illic de cauſa actionum tractetur, quæ ſit obligatio; hìc de effectu obligationis, quæ ſit actio: illic de matre, ut loquuntur, hìc de filia. Nam nec obligatio cauſa eſt omnium actionum, ſed earum duntaxat, quæ in perſonam ſunt: & ut eſſet, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo ſe debitor adſtringit, argumento & ma-
3 teria ſeparata eſt. Etenim quod omnino notandum eſt, actio in propoſita diſputatione non tam conſideratur, quatenus cujuſque eſt, dependens ex jure quæſito; qua conſideratione cùm rerum noſtrarum pars ſit, & in bonis noſtris computetur, *l. bonorum. 39. de verbor. ſign.* ad idem planè objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quàm quatenus eſt via ſive medium, per quod ad id, quod noſtrum eſt, aut nobis debitum, ſi ultro non præſtetur, pervenitur & aufertur invitis; uno verbo, quatenus conſideratur ut inſtituenda exercendaque in judicio, ut rectè Timæus Fab. *diſp. de action. theſ.* 1. Vix interpretem inveneris, quin hìc in veſtibulo quæſiturus ſit, ex quo jure actiones proficiſcantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id eſt, utrum cauſa actionum remota jus gentium ſit, an jus civile. Quæſtio minimè obſcura. Sed nimirum nihil tam
4 clarum atque perſpicuum eſt, quod ſemper & ab omnibus videatur. Certum eſt, leges, magiſtratus, eorumque imperia juris gentium eſſe: quippe ſine quibus nulla umquam gens, aut vixit, aut vivere potuit; adeoque ipſa naturalis ratio omnes docet, ſine publica auctoritate nullam hominum ſocietatem conſiſtere poſſe. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars eſt in perſecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Ad hæc inter omnes conſtat, dominia rerum atque obligationes, quæ cauſæ ſunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere; trahunt ergo & actiones ſive judicia, id eſt, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominii noſtri ſit, ſi id ſponte is, qui poſſidet, non reſtituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, ſi id debitor non præſtet, obtinere liceat. Nam certè fruſtra ſis, id ſi voluntati permittatur & arbitrio poſſeſſoris aut debitoris; aut, quod reſtat, rixis, tumultibus, cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, ſi domino aut creditori licere velimus rem ſuam aut ſibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam eſſe, qui juri gentium adſcripturus ſit ea, quibus conceſſis neceſſe ſit hominum ſocietatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Caſſiodorum *lib. 4. var. epiſt. 10. Fœdum eſt*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconſultus fervor animorum:* & ſtatim: *hinc eſt, quod legum reperta eſt ſacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulſu. Quid enim à bellica confuſione pax tranquilla diſtabit, ſi per vim litigia terminentur? fac. l. non eſt ſingulis. 176. de reg. jur. l. extat. 13. quod met. ca.* Hæc etſi veriſſima ſunt & clariſſima, non paucis tamen, iiſque etiam, quorum multis aliis in rebus perſpicentia ac ſolertia commendatur, hìc cæcutire contingit, ut temere atque inconſideratè contendant, actiones omnes & forma & origine eſſe juris civilis. Quid ergo eſt, quod eos tranſverſos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. his legibus. 6. de orig. jur.* ſcriptum eſt, ex legibus duodecim tabularum compoſitas eſſe actiones, quibus inter ſe homines diſceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit neceſſaria? Sed quis non videt, Juriſconſultum loqui de forma actionum accidentali & juris Rom. propria? quam ſcilicet à prudentibus acceperunt, compoſitis certis ac ſolemnibus formulis. Secundo quod actiones paſſim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita paſſim appellantur, quas utique juris gentium eſſe nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. rerum. 15. de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non eſt, ut actionem producat; quaſi verò quod non producat, non ſit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio eſt. Poſtremo quoniam deportati agere non poſſunt, qui tamen ea, quæ ſunt juris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantùm obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati ſunt. Sed nec patriam poteſtatem retinent, nec tutelam, nec jus teſtandi, nec jus ſuccedendi ex teſtamento aut ab inteſtato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & conſiderata generali atque eſſentiali forma juris gentium manere, ſuis locis oſtendimus, quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem uſus rectè dicantur eſſe juris civilis, ut & actiones; per *l. 6. de juſt. & jur.*

De actionibus] Nomen actionis latiſſimè pa- 5
tere vulgo notum eſt, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ paſſio-

ni

Digitized by Google

ni opponitur: denique & oratorum & hiſtrionum & fabrorum actionem eſſe dicimus. Sed ne quis errer in varia hujus verbi ſignificatione, quam habet etiam tunc, cùm ad uſum forenſem reſtringitur, ſciendum primum eſt, numquam verbo agendi, cùm ad judicia refertur, ita uſos eſſe veteres, ut eo verbo idem ſignificarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, numquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non ſignificat aliquem ducere aut trahere, ſed idem eſt quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, ſed
6 cum quo agitur. Quapropter non eſt audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam ſcribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem fere hujus vocis in jure uſus eſt. Primum latiſſimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & cauſa, ſive ea civilis ſit, ſive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accuſationis, *l. penult. ſi ex nox. cauſ. arg. l. ult. de privat. delict. l. 1. de crimin. ſtell. l. 18. de accuſ. l. 4. C. de edendo. rubr. C. quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem latè quàm in ſignificatione præcedenti, ſed ratione ſequentium adhuc latiſſimè, ut appellatione actionis comprehendantur cauſæ omnes pecuniariæ, ſive judicia omnia civilia, non ordinaria tantùm, verùm etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, perſecutiones, ſtipulationes prætoriæ, quæ actionis inſtar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in ſumma imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur. *l. actionis. 37. de oblig. & act. l. actionis. 34. l. pecuniæ. 178. §. 2. de verb. ſign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in perſonam, *l. actionum. 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* ſtrictius tamen, quàm ut interdicta, præjudicia, cognitiones & ſtipulationes prætorias contineat, *l. ſed & hæ. 35. §. 2. l. non ſolum. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. ſign.* Quarto & poſtremo ſtrictiſſimè atque anguſtiſſimè, ut ſolam denotet actionem in perſonam, *l. actio. 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. ſign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem ſignificatur, ut in formula ſtipulationis Aquilianæ, *§. 2. ſupr. quib. mod. obl. toll. l. & uno. 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem ſignificationibus eam, quæ ſecundo loco poſita eſt, huc pertinere oſtendit ſupradicta diviſio, in qua actio conſtituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula ſunt, petitio, perſecutio, formula, lis, cauſa, controverſia, conventio, judicium: nam & vox judicii pro actione ſæpe ſumitur: ut videre eſt in *l. 1. & paſſ. ff. & C. fam. erc.* & prætor promiſcuè nunc actionem, nunc judicium ſe daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

Actio nihil aliud eſt, quam jus perſequendi in judicio, quod ſibi debetur.

NOTÆ.

Jus perſequendi] Auctor hujus definitionis Celſus *l. 51. hoc tit.* Cæterum actio, quatenus tertium juris objectum conſtituit, magis conſiderari debet ut via & medium, per quod ad id, quod noſtrum eſt, aut nobis debitum pervenitur, quàm quatenus eſt jus, aut ex jure nobis quæſito dependet: qua conſideratione cùm rerum noſtrarum pars ſit, ad ſecundum objectum referri debet, *l. 49. de verb. ſign.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus in hac definitione quid ſignificet.*
2 *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem poſſe quod ſibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4 *In jure fieri quæ dicebantur, quæ in judicio.*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus cauſis magiſtratus ipſi ex officio cognoſcere ſoliti: in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romam olim commune fuiſſe forum: nunc autem metropoles idem jus non habere.*
8 *Commune forum eſſe & locum domicilii: tum quod tempus hic inſpiciendum.*
9 *Mos paſſim receptus.*
10 *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii poſſeſſoris moveri poſſe; contra Donell.*
12 *Eum, qui per ſe competens non eſt, poſſe ex accidenti competentem fieri, & quibus ex cauſis.*
13 *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid ſint, ſimul docetur.*
15 *Item actioni injuriarum, & petitioni uſurarum.*

A*ctio nihil aliud eſt, quàm jus*] Auctor hujus 1
definitionis eſt Celſus, in *l. nihil aliud. 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo uſu juris; adeoque apud omnes Latinè loquentes ſignificat poteſtatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, jus teſtandi, jus ſtipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo ſignificatio eſt. Et male omnino Hotomanus formulam interpretatur. Etſi enim quandoque actiones cùm dicunt Juriſconſulti formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cùm

Digitized by Google

cùm prætor ſe actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine ſignificat; nullo tamen modo dici poteſt, aut jus agendi formulam eſſe, aut in hac definitione actionem ut formulam conſiderari. Formula à prætore impetranda eſt: actio, ut quiſque contraxit, ſtatim ei competit; & dominus amiſſa poſſeſſione jus agendi habet ſtatim, id eſt, etiam antequam prætor adeatur: & quis non videt, actionem in propoſito conſiderari, ut in perſona creditoris radicata eſt, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentatam conſid.tes, formula tamen propriè dici non poteſt, magis quàm emancipatio, manumiſſio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, ſed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus. 77. de reg. jur.* Ad hæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione, ut cùm actio naſci dicitur, acquiri, ipſo jure competere, alienari mandari, cedi, &c. ad hæredem tranſire, ab hæredibus incipere, ſucceſſione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram conſumi, dividi inter fidejuſſores, & id genus ſexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in perſonam, civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famoſam, hæreditariam, &c. rectè dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celſum arbitror de formula cogitaſſe: quamvis temporibus hujus Juriſconſulti, qui ſub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro uſu eſſent. Planè de ſententia Juſtiniani, qui formulis jam dudum ſublatis, definitionem eamdem nihilominus retinuit, nulla poteſt eſſe dubitatio.

Perſequendi in judicio] His & ſequentibus verbis differentia continetur, & genus poſitum reſtringitur. Verbum perſequi notiſſimæ ſignificationis eſt, nec obſcura, quæ in eo, tranſlatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cùm olim in ſpecie cognitionis extraordinariæ perſecutiones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. ſign.*

3 *In judicio*] His verbis indicatur, neminem ſibi jus dicere poſſe, aut privata, quod ſibi debetur, occupare auctoritate; ſed ſi quis putet, ſe habere actionem, legitimo judicio eum cum adverſario experiri debere, atque actionem ſuam proponere apud magiſtratum ſive judicem, qui cognoſcendis & componendis civium controverſiis publica auctoritate conſtitutus eſt, *l. extat. 13. quod met. ca.* & ſimul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, ſed eam, quæ fit apud competentem judicem ex ratione ac præcepto legum & juſtitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda ſunt. 1. quid hæc verba *In judicio* ſignificent. 2. quis dicatur judex competens. Primum
4 quod attinet, diverſa veteribus ſunt, *In jure* & *in judicio*. In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magiſtratum, antequam ad judicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones quæ à prætore poſtulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in judicio ea propriè, quæ expediebantur poſt litem conteſtatam apud judices datos ſive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud judicem recuperatoreſve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipſi magiſtratus judicare juſſi ſunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiæ uſus eſſe cœpit: niſi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem conteſtatam, & prætor ipſe olim explicabat; in judicio, quæ poſtea fiunt, licet apud eumdem magiſtratum omnia expediantur. VINN. Multo accuratius hæc omnia exponuntur à celeberrimo Ger. Noodtio, *lib. 1. de juriſd. cap. 6. & 8.* ubi docuit, prætorem de jure; judicem de facto cognoviſſe & hoc inſtitutum ipſi urbi fuiſſe coævum, ſiquidem Dionyſ. Halic. *lib. 2.* refert Romulum quædam per ſe cognoviſſe, quædam per judices. Unde cadit conjectura auctoris noſtri, quam ſequente *num. 5.* proponit. HEIN. Operæ 5
pretium eſt, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorem ipſum, utpote juri dicundo civiumque inter ſe controverſiis diſceptandis ac dijudicandis creatum ac conſtitutum, cauſas privatas omnes plenè cognoviſſe & judicaſſe, veriſimile eſt. Verùm poſtea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente verò tempore fortaſſis etiam ob dignitatem magiſtratus, obtinuit, & paulatim in ordinariam juriſdictionem verſum eſt, ut prætor aditus non ipſe judicaret, ſed præparatoriis quibuſdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoreſque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium ſuſciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, ſpeciales, addicti, ſelecti, diſceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione conſulantur Scip. Gent. *2. de juriſd. 8.* Coraſ. *3. miſc. 18* Duar. *de jud. cap. de jud. dat.* Sigon. *2. de antiq. jur. civ. cap. 18. & ſeq.* Nullam verò juriſdictionem hi judices habebant, ſed nudam dumtaxat notionem, hoc eſt cognoſcendi tantùm & judicandi poteſtatem ſine imperio aut jure ſententiæ exequendæ; & ſimul ac ſententiam dixiſſent, judices eſſe deſinebant, *l. 5. l. 15. l. judex. 55. de re jud.* Apud hos judicium exerceri propriè dicebatur, & ipſi ſpecialiter judices appellari & à magiſtratibus ſeparari ſolent, *d. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & l. 3. de juriſd.* Uſque adeo verò hæc ratio dandorum judicum invaluerat, ut vix ipſe prætor judicium umquam ſuſciperet, &, ſi fides Duareno *lib. 1. diſp. 53.* ne potuerit quidem prætor ipſe de cauſis quibuſvis cognoſcere. In quam ſententiam affert *l. 4 de tut. dat. l. ult. de off. præt. l 8. & 9. de off. præſ. l 2. C. de pedan. jud.* Alii tamen id arbitrarium fuiſſe exiſtimant argumento legis, quam inter ſuas, atque, ut credibile eſt, ad morem ſuorum temporum reſpiciens M. Tullius refert in hæc verba: *Juris diſceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, prætor eſto.* Quod in medio relinquimus. Illud conſtat, ex- 6

ceptas fuiſſe nonnullas cauſas, de quibus ipſi magiſtratus ex officio cognoſcebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque uſitatum, ſine ſolemnibus & ſtrepitu judicii, ſine formula, hæ cauſæ expediebantur, & diſceptabantur à prætore ipſo: cujuſmodi cauſæ ſunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, profeſſorum liberalium artium, *l. 1. de extr. cogn.* perſecutio fideicommiſſi, *l. 178. §. 2 de verb. ſign.* Ulp. *tit. 25. §. 10.* petitio liberorum, qui in poteſtate ſunt, *l. 1. §. 2 de rei vind.* reſtitutio in integrum ex edicto de minoribus, *l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. de min.* Cujacius *par. C. ubi ca. ſtat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt cauſas ſtatus ſive præjudicia. Rectène an ſecus, ambigo. Nam præjudicia in *d. l. 1. §. 2. de rei vind.* apertè ſeparantur à cognitione prætoria. Et in his cauſis partes ad judicem mitti dicuntur, *l. 8. §. 1. & l. 9. de lib. ca.* paſſimque judicis liberalis cauſæ, qui de libertate cogniturus eſt, mentionem fieri videmus, ut in *l. 7. §. 1. & ſeqq. l. 41. §. 1. de lib. ca. l. ſervus. 34. §. ult. verſ. quid ergo. de ſtatulib. l. 7. §. 1. in fin. de hær. pet.* Plautus recuperatorum ſemper meminit in *Rud. & Bacch.* & Sueton. in *Veſpaſ. cap. 3.* refert, *Flaviam quamdam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam*. Nec multum movet, quod traditum eſt in *l. non diſtinguemus. 32. §. de liberali. 7. de recept. arbitr.* cauſam liberalem majores judices poſcere, quàm ſint compromiſſarii, vel quia etiam judices à prætore delegari majores ſunt arbitris, qui conſtituuntur mera conventione privata: vel quia Juriſconſultus non ſimplicem cognitionem & deciſionem cauſæ conſiderat, quæ ſola pertinet ad officium judicis dati; ſed totam cauſæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud ſe conteſtata formulam ipſe concipit, & judicium judicemque conſtituit. Atque his inſuper argumentum præbet *l. 1. C. de off. præt.* ubi Conſtantinus cauſam liberalem propriam facit prætoris, quod fruſtra feciſſet, niſi antea fuiſſet judicii ordinarii, add. Ræv. 3. *var* 20. Hotoman. *6. obſ. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent, ut conſtat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *l. 1. §. 2. ſi ventr. nom. mul. in poſſ. l. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poſſ. l. 1. in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifeſtè refelluntur, qui negant, ex cauſa interdicti formulam aut actionem datam fuiſſe. Poſtea ratio judiciorum mutata eſt, & injuncta cauſarum omnium cognitio ipſis magiſtratibus, extra quam ſi vel occupationibus publicis, vel multitudine cauſarum ipſi cognoſcere impediantur, *l. 2. C. de ped. jud.* aut ea negotii ſit vilitas, ut non admodum notionem magiſtratus requirat, *l. ult. C. d. tit.* quo reſpiciens Juſtinianus, ait, judicia omnia ſuo tempore extraordinaria fuiſſe, *§. ult. Inſt. de interd.* In Judicio igitur ſic nunc interpretabimur apud prætorem ſive magiſtratum, qui dum jus dicit ac red-

dit, rectè judex appellatur, & cui ſoli hunc ju-
dicandi munus incumbit. Alterum quod hìc ex-
plicandum erat, eſt, quis ſit judex competens:
neque enim promiſcuè apud quemvis judicem
quævis actio inſtitui poteſt, ſed apud eum ſo-
lum, cujus de ea re, qua de agitur, notio eſt, qui
uno verbo competens appellatur. Competentia
hæc æſtimatur ex cauſis, ex quibus forum ſortiri
dicimur. Forum duplex: commune unum, al-
terum proprium ſeu ſpeciale. Commune forum 7
olim fuit Roma: quæ idcirco veteribus dicta eſt
communis patria, *l. Roma 33. ad Munic.* Nam om-
nes, qui Romæ inventi eſſent, ibi conveniri pote-
rant, ibi ſe defendere debebant, niſi jus habe-
rent revocandi rem ad domicilium proprium,
*l. 2. §. omnes. 4. & ſeqq. l. non alias. 24. de ju-
dic.* ſed moribus hodiernis regiæ urbes ſeu metro-
poles jus iſtud communis fori non habent. Com-
mune forum item rectè dixeris, in quo quiſquis 8
conveniri poteſt quacumque ex cauſa: quale fo-
rum tribuit locus domicilii: & eſt notandum,
circa locum domicilii non tantùm inſpici locum,
in quo reus habitat tempore movendæ actionis,
ſed etiam in quo habitabat tempore contractus,
l. 2. C. de juriſdict. quem locum male Cyn.
Salic. & Sich. reſtringunt ad caſum, quo quis in
loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur
ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi
diſertè agitur, & locus contractus forum tribuit,
etiamſi quis numquam ibi domicilium habuerit.
Atque ratio hujus juris ſatis manifeſta eſt, quia
cùm ſtatim actio ex contractu naſcatur, & jus
conveniendi reum in loco domicilii creditori
quæratur, cum quo forte alias non contraxiſſet,
jus illud creditori facto debitoris adimi non de-
ber. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum 9
invaluit, ob ſummam difficultatem, quæ ſæpe
eſt, ſequendi debitores exteros, ut ii quovis lo-
co deprehenſi detineri judicioque ſiſti queant.
Gudelin. *lib. 4. cap. 2.* latè Peck *in tractat. de jur.
ſiſtend.* Proprium forum eſt, quod præter com- 10
mune tribuunt cauſæ ſingulæ, veluti in actioni-
bus in perſonam forum tribuit locus, in quo con-
tracta eſt obligatio, *l. omnem. 20. de judic.* quod
tamen puto ſic accipiendum, ſi reus ibi reperia-
tur; per *l. 2. §. 4. l. 19. in princ. & §. . l. ar-
gentarium. 45. de judic* textus eſt in *cap. 1. §. contra-
hentes. 3. v. de for. comp. in 6* Covar. 1. *quæſt* 10. *n.*
3. Sichard. & Vultejus in *l. 2. C. de juriſdict.*
Ant. Fab. *C. ſuo, ubi conv qui cert. loc defin.*
4. & ſi quidem in contrahendo dictum non ſit,
quo loco rem præſtari oporteat, is locus contra-
ctus intelligitur, in quo res geſta eſt, *dict. l.*
19. §. 1. *dict. l. 45.* Sin autem expreſsè cautum
ut alio loco, quàm in quo negotium geſtum eſt,
res præſtetur, hìc locus accipiendus tamquam
re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. jud. poſſ.
l. contraxiſſe 21. de oblig. & act.* In Francia
& his regionibus non inſpicimus locum contra-
ctus, nec ſolutionis, ſed domicilii debitoris,
juxta *l. exigere. 65. de judic.* ſic ut *l. hæres. 19.
de jud. l. 3. de reb. auct. jud. poſſ. l. 21. de oblig.
& act.*

& act. non ſint receptæ, ſecundum ea, quæ tra-
dit Imbert.& alii allegati à Chriſtin. *vol. 2.deciſ.*
11 16;. In actionibus in rem ſpeciale forum tribuit
locus, in quo res ſitæ ſunt. Eſt enim conſtans
hæc fere omnium interpretum ſententia uſuque
forenſi non dubio recepta, poſſe pro arbitrio pe-
titoris actionem in rem moveri vel in loco domi-
cilii poſſeſſoris, ut foro actionum omnium com-
muni, vel in loco, ubi res, de quibus conten-
ditur, conſtitutæ ſunt: per text. non obſcurum
in *l.3.C.ubi in rem act. fac. l. un. C. ubi de hæred.*
Quamquam Gudelinus notat, praxim illud ma-
ximè obſervare, ut ibi dumtaxat actio in rem in-
tendatur, ubi res ſita eſt, *lib.4.cap.2.* Unus fere
Donellus noſter *lib.17.comm.17.* ab hac ſententia
receſſit contendens, in actionibus in rem nullam
domicilii rationem haberi, ſed unum tantùm eſſe
forum rei, locum ſc. in quo ſunt conſtitutæ; ibi
reum conveniendum eſſe, ibi ſe defendere debe-
re: conventum in loco domicilii non cogi judi-
cium pati. Quo & ipſe aliquando inclinavi pro-
pter *l.quod legatur. 38. de judic.* Sed non dubito
nunc, quin quod Juriſconſultus ibi proponit de
re legata; ſpeciale ſit, eo quod legatario ſuffice-
re debeat, ſi hæres, à quo legati præſtandi neceſſi-
tas non cœpit, eo in loco ubi res eſt offerat ſo-
lutionem, de qua etiam & ipſa præſtatione præ-
cipuè Juriſconſultus tractat. Quod Donellum
præterea movet, facile eveniri poſſe, ſi poſſeſſor
in loco domicilii conventus jubeatur rem reſti-
tuere, ut nova lite pro executione rei opus ſit; non
uſque adeo magni momenti eſt. Nam præterquam
quod magiſtratus omnes inferiores mutuam ſibi
operam præſtare debent, conſiderare debuit Do-
nellus, non eſſe ex ratione juris Romani in judi-
ciis realibus ordinariam hanc procedendi atque
exequendi viam, ut poſſeſſori reſtituere juſſo,
nec parenti res ipſa manu militari auferatur, ſed
ut damnetur quanti in litem actor juraverit, *l.
ejus rei.46.cum ſeq. de rei vind. l. 5. & 8.de in lit.*
12 *jur.* Quæſtiones criminum ubi exerceantur, docet
l.1.& 2.cum auth.ſeq. C. ubi de crim. Illud obiter
adjicio, poſſe eum, qui per ſe competens non eſt,
ex accidenti competentem fieri, idque vel pro-
pter judicium jam cœptum, vel propter proro-
gationem juriſdictionis. Cœpti judicii hæc vis
eſt, tum ut actorem mutuæ petitioni ſeu recon-
ventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium
reddat, hoc eſt, ut mutuas rei actiones ibi exci-
pere cogatur, ubi ipſe litem movit, tametſi prius
ibi conveniri non potuiſſet, *l. 22. de judic. l. 14.
C. de ſent. & interl.* tum ut litigatores retineat
in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia
hac in re habita ſunt poſſeſſionis & proprietatis;
ac de his ita cautum: Quo in loco prius de poſſeſ-
ſione actum eſt, etiam de proprietate agi debere,
quamvis rebus integris ibi conventus judicium
excipere non cogeretur, ne cauſæ continentia
dividatur, *l.nulli. 10 C. de jud.* Moribus tamen
disjunctos cernimus iſtarum cauſarum judices:
quippe interdicta poſſeſſoria in conciliis pro-
vincialibus ſolent tractari; quæſtiones verò
proprietatis apud cujuſque loci magiſtratum,
Gudelin. *lib.1.cap.2.* ubi de foro competente latè
& eleganter diſputat, *art. 19. inſtr. ſup. Holland.
cur.* Prorogatur juriſdictio, cùm alius judex,
quàm cujus notio eſt, ex conventione aditur,
l. 18. de juriſd. l. 1. de judic. de quo conſule DD.
ad dict.l.1.& c.ſi diligenti.12.x.de for.comp. Chri-
ſtin. *vol. 2. dec. 160.*

Quid ſibi debetur] Hotom. 3. *obſ.17.* addit, *vel
quod ſuum eſt*; ne definitio anguſtior ſit definito:
quippe quæ alioqui actioni in perſonam dumta-
xat competere videatur, non etiam actioni in
rem, per quam rem noſtram petimus, non nobis
debitam. Et verum quidem eſt, propriè ea, quæ
noſtra ſunt, dici non poſſe nobis deberi, *l. Quin-
tus Mucius.27. §. 2 l ſcribit.34. in pr.de aur. arg.
leg.* Sed quid prohibet, verbum debendi laxius ac- 13
cipere, ut debere quiſque dicatur, quod jure
præſtare tenetur, quamvis facto ſuo ad id ſe non
obſtrinxerit? Convenit certè hoc & partitioni
juris initio propoſitæ, & præſenti inſtituto Ju-
ſtiniani, ut diviſio in continenti ſubjecta clarè
oſtendit. Nec deeſt veterum auctoritas; nam
& Ulpian. in *l.pecuniæ.178. §.ultim.* ſcribit, hoc
verbum *debuit*, omnem omnino actionem com-
prehendere. Planè perſecutio criminalis huc
non pertinet, qua quiſque non quod ſibi debe-
tur, perſequitur, ſed quod vigor publicæ di-
ſciplinæ poſtulat, vindictam criminis, *l. 9. §.
quod illicitè.5.de publican.* Quæſitum de actione 14
populari & injuriarum. Sed puto, verba defini-
tionis etiam ad actiones has commodè applicari
poſſe. Populares actiones ſunt, definitore Pau-
lo in *l.1.de popul.act.* quæ jus ſuum populo tuen-
tur: nimirum ſummus ac præcipuus harum actio-
num finis eſt, ut publicæ utilitati & ſecuritati
conſulatur, *l.1.§.1.de his qui effud.vel dej.* quam
ob cauſam etiam omnibus pariter propoſitæ ſunt,
niſi quod in iis, quæ ſimul continent intereſſe ali-
cujus privati, is, cujus intereſt, præferatur, *l. 3.
§.1.de popul.act.l.3.in pr de ſepul.viol.* Pœna, quam
perſequuntur, regulariter actoris lucro cedit:
qui ob id etiam, poſtquam litem conteſtatus eſt,
inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. ſign.*
fiſco ut applicetur, rarum & ſingulare: ac tum
præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex
hoc edicto. 2.de Senatuſc.Syllan. l. ult.de term. mot.*
Cæterum quia hæ actiones ita propoſitæ ſunt,
ut ejus demum, qui eas occuparet litem conte-
ſtando, propriæ fierent, eique ſoli pœna præſta-
retur, inde eſt, quod qui habet actionem popu-
larem, non intelligitur eſſe locupletior, neque
pro creditore habetur, antequam litem conte-
ſtatus eſt, *l. pen. §. 1. de pop. act.* junct. *l. 12. de
verb. ſignif.* Sed enim cùm hæ actiones privatam
pecuniæ perſecutionem habeant, utique conſi-
deratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occu-
pandæ per litis conteſtationem, ad definitionem
pertinent. Idque menti Juſtiniani omnino con-
veniens eſt, qui & *ſupr. tit. præced. §. 1. & infra
hoc eodem tit. §. 12.* populares aliquot actiones
proponit. Eadem fere ratio eſſe videtur & actio-

Hhh 2 nis

Digitized by Google

15 nis injuriarum. Hæc ante litem conteſtatam in bonis noſtris non computatur, *l. injuriarum. 28. de injur.* ſcilicet quia ſi quis de ea litem non conteſtatus deceſſerit, perinde eſt, quaſi nullam umquam actionem habuiſſet, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodeſt, ad quos non tranſmittitur, §. 1 *inſ. de perp. & temp. act. l. 13. de injur.* Uſurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod uſuræ dicantur peti non poſſe jure obligationis aut actionis, ſed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præſtari, *l. qui per. 49. §. 1. de act. empt. l. 4. C. depoſ.* id non ſignificat, uſuras non deberi, aut nullam uſurarum nomine actionem eſſe, ſed non deberi principaliter; nec eſſe propriam actionem, qua principaliter petantur, ſed ſortis dumtaxat, qua mota & ipſæ per conſequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

Diviſio prima.

1. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitroſve de quacumque re quæritur, ſumma diviſio in duo genera deducitur. Aut enim in rem ſunt, aut in perſonam. Namque agit unuſquiſque aut cum eo, qui ei obligatus eſt, vel ex contractu, vel ex maleficio, quo caſu proditæ ſunt actiones in perſonam, per quas intendit, adverſarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibuſdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus eſt, movet tamen alicui de aliqua re controverſiam; quo caſu proditæ actiones in rem ſunt; veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, quam Titius ſuam eſſe affirmet, poſſeſſor autem dominum ejus ſe eſſe dicat: nam ſi Titius ſuam eſſe intendat, in rem actio eſt.*

NOTÆ.

1. *Judices arbitroſve*] Judicum nomine intelligit judices addictos actionibus ſtricti juris; arbitrorum, addictos judiciis bonæ fidei, *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* quamquam & arbitri ex compromiſſo ſumpti huc pertinent, *l. 1. de rec. arbitr.*

Quo caſu proditæ actiones in rem] Actio in rem eſt, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus, *l. 25. hoc tit.*

Quam Titius ſuam eſſe] Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. D. & C. de rei vindic.* ſoli competit vero rei domino, *l. 23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & ſuperficiario datur, *l. 1. §. 1. ſi ag. vect. l. 74. de rei vind.*

Poſſeſſor dominum ſe dicat] Aut utique neget petitorem dominum eſſe: nam ut contra vindicet, non eſt neceſſarium, §. 4. *inſ. de interd. l. 4. C. de edend.*

COMMENTARIUS.

1 *Diviſionem hic propoſitam non à materia, ſed à cauſa efficiente ſumptam eſſe.*
2 *Indicatur cauſa efficiens ſeu jus, unde actio & in rem & in perſonam manat.*
3 *Perſonæ ad conſtituendum judicium neceſſariæ.*
4 *Quàm variè nomina hæc, judex & arbiter, accipiantur, ſive conjunctim ſive per ſe poſita?*
5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata diſtinctione.*
6 *Diſputatio accurata adverſus eos, qui mancam eſſe hanc diviſionem contendunt, unoque membro, mixtarum ſcil. actionum, mutilatam.*
7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem ſcriptæ, tertiam ſpeciem conſtituere.*
8 *Actio in perſonam quid, cui, adverſus quem detur?*
9 *Quo effectu creditor nomen alienet?*
10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri noviſſimè poſſidentem.*
11 *Actione in perſonam quid petatur? ubi & inſigne diſcrimen inter hanc & illam, quæ eſt in rem circa cauſam libello complectendam.*
12 *Actiones in perſonam, quæ nec ex contractu, nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13 *Formulæ in actionibus in perſonam uſitatæ, & quali locus, cùm agitur ex obligatione faciendi.*
14 *Formula, qua adverſarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in perſonam.*
15 *Actio in rem quid ſit, unde naſcatur: & cui competat principalis illa, qua de hìc agitur?*
16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem? & primum de dominio.*
17 *Neceſſe eſſe ad fundandam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, poſſideat. Quàm late verbum poſſeſſionis hìc accipiatur? Aliaque non paſſim obvia.*
18 *Poſſeſſorem non compelli, ut contra vindicet, diſſertatio adverſus D. Contium.*
19 *Petitio hujus actionis propria: & qui exitus?*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut ſex actionum diviſiones, quæ naturam, cauſas, vim & proprietatem ſingularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, ſumma dicitur eodem ſenſu, quo ſæpe alibi à noſtris, ut in *l. 3. de ſtat. hom. l. 1. de rer. div. §. 1. infr. de interd.* quia inter multas prima & potiſſima eſt. Ratio diviſionis ab objecto ſive materia petita prima fronte videtur; id enim verba hæc, *in rem & in perſo-*

nam,

nam, præ ſe ferunt. Nos tamen à cauſa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc eſt, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipſe locus, tum *l. actionum.* 25. *ff. eod.* unde magnam partem, quæ hìc traduntur, hauſta ſunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in perſonam, quia petatur perſona: una enim actionum omnium materia eſt res, quæ petitur, ſive in perſonam agatur, ſive in rem. Et ſi quando contingat, ut ſervus petatur, non petitur ut perſona, ſed ut res cæteræ, quæ noſtræ ſunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in perſonam dicitur, quia ea qui agit, perſonam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipſa; quod natura fieri non poteſt: nam quod Juriſconſulti ita aliquando loquantur, ut dicant, rem conveniri, non perſonam, abuſivum eſt, & ſpecialem præterea rationem in cauſis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff. de publican.* item *l. 19. de jur. fiſc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex cauſa vectigalium, non perſonæ; ut intelligamus, onera iſta prædiorum eſſe, non perſonarum; ac proinde quaſi à prædiis exigi, atque à poſſeſſoribus eo nomine conventis præſtanda eſſe, ſine conſideratione temporis, quo poſſederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis à debitore ſuo in ſolidum accepit, revocatæ, uſuras præſtari, eo quod res, non perſona convenitur; quod ſic explicatur, in *l. 5. C. de priv. fiſc.* quia fiſcus jure extraordinario privilegii ſui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cùm utraque actione & res petatur, & perſona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in perſonam? Dicam ſtatim: prius enim cauſa efficiens utriuſque indicanda eſt, unde potiſſimum, ut ante dixi, ſumpta ratio di-
2 viſionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tamquam à cauſa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris iſtius diverſitate. Quemadmodum autem hoc jus in univerſum duplex eſt: unum in re, alterum ad rem; ita quoque duæ in univerſum diverſæ actionum ſpecies inde manarunt, ſive duo remedia ad jus illud judicio perſequendum. *Jus in re*, quod obiter hìc inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, uſusfructus, ſervitutes, pignus, jus poſſeſſionis. *Jus ad rem* unum eſt, obligatio ſcilicet, ſive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiſcitur actio in rem, pro diverſa quidem qualitate iſtius juris diverſi quoque generis, ſed id ad rem propoſitam nunc nihil facit. Obligatio actionem in perſonam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo ſequitur, atque ut perſona hìc conveniatur, hoc eſt, poſſeſſor, tamen non convenitur propter ſe, ſed propter rem poſſeſſam. Hæc autem in perſonam dicta eſt, quia ut perſona hìc convenitur, ita convenitur propter ſe, quia ſe obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non ſic accipiendum eſt, quaſi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta eſt, conſequatur: ſed ſic, quod actione in perſonam quiſque tenetur ob hoc ſolum, quia verbi cauſa promiſit, ſe daturum eſſe; & hoc ſive rem habeat, ſive non habeat: cùm actione in rem propria propter hoc ſolum teneatur, quod rem poſſidet, nec compellatur in rem actionem pati, ſi rem defendere nolit, aut ſine dolo poſſidere deſierit, *l. ſi autem.* 27. §. 1. *l. ult. de rei vind.*

Quibus inter aliquos apud judices] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ perſonæ, quæ ad conſtituendum judicium neceſſario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores ſunt, inter quos res agitur, & quorum ille eſt, qui litem intendit, hic, qui excipit. 3
Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum noſtri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jurejur. prop. cal. l. 13. §. 2. C. de judic.* Judex, apud quem res agitur, qui idem cauſam cognoſcit, & litem auctoritate ſua dirimit. Unde judicium non male definitur legitima rei controverſæ inter actorem & reum apud judicem tractatio, in eum finem inſtituta, ut lites publica auctoritate ſopiantur.

Judices arbitroſve] Nomina hæc judex & arbiter non eodem ſemper modo accipiuntur, nec per ſe poſita, nec conjuncta, ut hoc loco. 4
Utrumque autem vel propriè accipitur, vel impropriè. Judex propriè dicitur, qui ita judicat, ut in eo munere publico fungatur: etenim judicandi munus publicum eſt, *l. quippe.* 78. *ff. de judic. l. ult. §. judicandi.* 14. *de mun. & hon.* Atque hinc judices omnes dicuntur habere notionem, id eſt, poteſtatem cognoſcendi jure publico conſtitutam, *l. 5. de re judic.* Impropriè judices dicuntur arbitri, qui ex conſenſu litigatorum & compromiſſo ſumuntur: quippe conſenſus privatorum judicem facere non poteſt, *l. 3. C. de juriſd.* Appellantur autem judices propter affinitatem, quam cum veris judicibus habent, eo quod partibus judicis fungantur, & arbitria ad ſimilitudinem judiciorum redacta ſint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. C. de judic.* ac tametſi ſententiæ eorum executioni mandari non ſoleant, effectum tamen aliquem habent vi ſtipulationis pœnalis. Arbitri propriè & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, judices voluntarii & compromiſſarii. Non eſt tamen infrequens, ut veri quoque judices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei judicio cognoſcunt; & maximè in judiciis diviſoriis familiæ erciſcundæ & communi dividundo: unde & judicia ipſa arbitria, *l. 24. depoſ. l. arbitrium.* 43. *l. ult. ff. l. 15. l. 17. C. famil. erciſc. l. 18. ff. l. 3. C. comm. divid. l. pro ſocio.* 38. *ff. pro ſoc.* Sic autem appellati ſunt hujus generis judices, propterea quod libera iis poteſtas permittitur arbitrandi æſtimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. De quo pluſcula ad §. 28. & 30. *inf.* Præ-

Digitized by Google

terea nomen judicis etiam tunc cùm propriè uſurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoſcendi & judicandi poteſtatem habent, ſive eam habeant jure magiſtratus, aut vi alicujus juriſdictionis, *l. 1. de judic. tot. tit. C. de juriſdict. omn. judic. tit. ff. & C. de reb. auct. jud. poſſ.* ſive jure nudæ notionis, ut judices pedanei; aliquando ſpecialiter pro pedaneis judicibus dumtaxat, hoc eſt, iis qui dati ſunt à magiſtratibus aliiſve qui jus dandi judicem habent; in qua ſignificatione etiam paſſim hoc verbum ſumitur, non tantùm cùm opponitur verbo magiſtratus, ſed etiam cùm per ſe & abſolutè ponitur, *l. 1. & 3. de juriſdicti. l. 12. §. 1. l. in privatis. 77. de judic. l. 15. l. judex. 55. de re judic. l. 2. de reg. jur.* Cujus tamen diſtinctionis non tantus eſt hodie uſus, quantus olim fuit; cùm judicis paſſim dandi licentia nunc ſublata ſit, *l. 2. C. de pedan. jud.* Eſt & tertia hujus vocis ſignificatio adhuc magis ſpecialis, quæ ex adjuncto cognoſci poteſt, veluti cùm hæc duo conjunguntur, judices arbitrive, & maximè cùm additur, à magiſtratu dari, ut in *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* Quod cùm fit, judicis nomen in ſpecie accipitur, reſtringiturque ad certos tantùm judices, datos quidem à magiſtratu, ſed in judiciis ſtricti juris poteſtate judicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumſcripta. Sicut per nomen oppoſitum arbitri, judices item veros tunc intelligimus, ſed qui addicti ſunt bonæ fidei judiciis, aut etiam arbitrariis, *l. 14. §. 4. quod met. cauſ.* minimè autem tales, ad quos ex compromiſſo itur. Hoc verò vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui *lib. 3. de benef. cap. 3.* ſic ſcribit: *Melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quàm ſi ad arbitrum mittatur, quia illum formulæ includit, & certos, quos non excedas, terminos ponit, hujus libera & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Planè cùm ſimpliciter hæ voces, judex & arbiter, junguntur, nec aliud exprimitur, unde diverſum colligi poſſit, utramque vocem propriè poſſe accipi conſtat, ut cùm Juriſconſultus in *l. 9. ff. de re jud.* ſcribit, furioſo ſententiam à judice vel arbitro dici non poſſe; unde & de hoc ipſo loco judicandum. Atque ut forte Juſtinianus de arbitris ex compromiſſo ſumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione inſtituenda quæritur. Nam & apud eos eadem omnia hic ſervantur, quæ apud veros judices, nec aliter arbitria eorum rata ſunt, quàm ſi ordine judiciario, id eſt, cauſa more judiciorum agitata & cognita, ad ſententiam ferendã proceſſerint, *l. 1. de rec. arb.* VINN.

Quam diverſa fuerit judicum arbitrorumque poteſtas, ex ipſis formulis, quibus dari ſolebant, patet. Judex in ſtricti juris judiciis ita dabatur: C. *Aquili, Judex eſto, ſi paret Catulum Servilio debere centum, tu illum in centum condemna.* Nihil itaque hic poterat judex præter formulam, ſed ex formula condemnabat tanquam *ad libellam*, ut ait Cic. *pro Q. Roſc. cap. 4.* contra arbiter in judiciis bonæ fidei ita dabatur: *ſi paret, Catulum Servilio domum vendidiſſe, tum quantum Catulo Servilium ob eam rem dare ex fide bona oporteat, tanti damnetur.* In arbitrariis denique: *Arbiter eſto: & ſi paret, Mævium veſtem Servili habere, neque it arbitrio tuo exhibuerit, tum quantum in litem Servilius juraverit, tanti damnato.* Hìc ergo aliquid arbitrio arbitri, vel judicis erat relictum, ut poſſet & uſurarum habere rationem, & exceptionum, quamvis formula non comprehenderentur. Add. Sigon. *de Judic* 1. 24. HEIN. Enim verò nihil 5
huc pertinent arbitratores, quos vocant: quippe qui non ut judices adhibentur ad controverſiam ſententia ſua decidendam, ſed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cùm de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit; veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ perſonæ conferatur, *l. 75. cum ſeqq. pro ſoc. l. ult. C. de contr. empt.* nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua deciſa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia eſt, prorſuſque aliena à ratione juris civilis interpp. diſtinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tamquam judices ſervato ordine judiciorum procedant, hi ſine ſolemnibus litem amicè ex æquo & bono componant, ut poſt Coraſ. 4. *miſc.* 4. 18. bene oſtendit Bachov. *ad tit. ff. de rec. arbitr. cap. 1. num.* 2. uſu tamen interpp. diſtinctio invaluit. Gail. 1. *obſ.* 150. Metul. *lib. 1. tit.* 7.

In duo genera] Ita & Ulpian. in *l. 25. ff. hoc tit.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. *inf. eod.* actiones ſc. mixtas, cujuſmodi ſint actio familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expreſsè dicto loco Juſtinianus ait, mixtam cauſam obtinere tam in rem, quàm in perſonam: item petitio hæreditatis, quæ & ipſa mixta dicitur, in *l. 7. C. de hær pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem, quàm in perſonam actionum efficit, de qua Cujac. *par. C. fin. reg.* At 6
enim verò ſi hoc ita eſt, dignus ſanè reprehenſione fuerit Tribonianus, qui ſummam omnium actionum diviſionem ſe proponere profeſſus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc eſt, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omiſſo, quod ad perfectionem totius non minus, quàm duo illa, quæ poſita ſunt, pertineat. Nec accipio reſponſionem quorumdam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuiſſe, ſi vel una diviſione ſpecies omnes complexus eſſet, vel ſtatim tertiam ſubjeciſſet: ſed cùm de re ipſa conſtet, & tertia illa ſpecies propoſita ſit in *d. §.* 20. leges diviſionis & methodi inſuper habendas. Hæc enim reſponſio, ut aliquid pro Triboniano facere poſſit, ſi quid ab eo minus rectè factum, tamen nihil adfert pro defenſione Ulpiani, qui itidem duo dumtaxat actionum genera in *d. l. 25.* ponit & explicat, in rem, quæ (inquit)

quit)

Digitized by Google

quir) dicitur vindicatio, & in perſonam, quæ condictio appellatur: tranſirque deinde ad alia, miſcelli generis nulla facta mentione: vitioſè omnino, ſi præter duo iſta genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis ſuperſit, ab utroque diſtinctum. Ego ſic ſentio, veteres plura actionum genera, quàm duo illa, quæ hìc propoſita ſunt, non agnoviſſe, eaſque, quæ mixtæ aut mixram cauſam obtinere cerro reſpectu dicuntur, comprehendiſſe ſub ſimplicibus, atque annumeraſſe ei ſpeciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria iſta judicia, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine ſua & eſſentia ſunt actiones in perſonam, ſine ſolùm & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in perſonam numeraverunt, *l. 1. fin. reg.* ut & ipſe Juſtinianus in *l. 1. §. 1. C. de ann. except.* Petitionem autem hæreditaris inter actiones in rem, *l. 25. §. antepen. de hær. pet. l. 1. l. 27. §. 3. de rei vind.* ob cauſam nimirum contrariam. Id verò ita eſſe, non aliunde certius conſtare poteſt, quàm ex conjunctione, *d. l. 1. fin. reg* cum *d. l. 25. §. antepen.* Nam in *d. l. 1.* Paulus ſit diſertè ſcribit, *Actio finium regundorum in perſonam eſt, licet pro rei vindicatione ſit.* Quod nihil aliud eſt, quàm ſi diceret, non eo minus actionem finium regundorum perſonalem cenſeri debere, quod comparata ſit quaſi loco vindicationis, quodque proprietatis controverſiæ cohæreat, ut loquitur Conſtantinus in *l. 3. C. eod.* & quod per eam, rem noſtram, quæ intra fines noſtros ſit, conſequamur, qui effectus eſt rei vindicationis: quia nihilominus verum ſit, eam ex obligatione deſcendere, darique adverſus eum ſolùm, qui nobis ſit obligatus. Quod quidem manifeſtum eſt, ſi quis de vicini maleficio quæratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias ſciens fines ſuos protulit. Sed & ſi forte antiqui limites inveniri non poſſunt, vel non ſatis evidenter cujuſque agrum diſtinguant, ita ut novi ſint conſtituendi pro menſura cujuſque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controverſia dirimenda, *l. 2. l. 3. fin. reg. §. pen. inſ. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confuſio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciſcundæ, & communi dividundo, in quibus etiam res eſt certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla eſt quæſtio, nec quid reſtitui poſtulatur, ſed ut res dividatur, & recedatur à communione. Quin etiam poſſidenti ultro dantur, *l. 1. §. 1. fam. erciſ.* Ex contrario in *dict. l. 25. §. antepen.* ſic Ulpian. *Petitio hæreditatis etſi in rem actio ſit, habet tamen præſtationes quaſdam perſonales.* Quaſi diceret: petitio hæreditatis in rem actio eſt, quia non ex obligatione aliqua naſcitur, ſed per eam rem noſtram petimus, quæ ab alio poſſidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in perſonam, nempe præſtationes iſtas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem ſit & dici debeat, quia talis eſt principaliter, per ſe, & origine ſua. Quamobrem ferre non poſſum, quod Bachovius contendit, actiones haſce etiam ratione eſſentiæ ſuæ & originis mixtas eſſe; quia naſcantur ex duplici eoque diverſo principio, dominio ſcil. & obligatione. Nam præterquam quod hoc à mente veterum longè alienum eſt, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem eſſe dicerent, actionem autem finium regundorum in perſonam, ſi illa æquè in perſonam, hæc æquè in rem eſſ:t, atque utraque eſſentiali origine tam in rem, quàm in perſonam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipſe Bachovius; cæterum ſe inde expediri conatur poſito pro diverſitate objecti diverſo quoque principio & cauſa agendi. Cùm itaque duplex ſit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipſa, & præſtationes, quas diximus, perſonales, quatenus illa petitur, actionem iſtam ait in rem eſſe, utpote quæ naſcatur ex jure dominii, eique ſoli competat, qui ſe hæredem, id eſt, hæreditatem ſuam eſſe intendit: quatenus verò eadem actione hæres petit, ſibi præſtari pretia rerum venditarum, eave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta ſunt, eſſe eam in perſonam, atque ex contrario principio, jure ſcilicet obligationis, oriri. Simili modo cùm actio, verbi cauſa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, diviſionem rei communis, & mutuas quaſdam item præſtationes, fructuum, impenſarum, damni dati, *l. 3. §. 3. comm. divid.* ait, quatenus propter diviſionem rerùm agitur, actionem hanc in rem eſſe, quatenus propter alias cauſas, in perſonam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda duæ diverſæ cauſæ diſtinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego verò non dubito, quin totum hoc falſum ſit: quia ſic non una actio, ſed duæ omnino diverſæ & diſtinctæ pro diverſis rebus obtinendis conſtituuntur, quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & eſſentia ſua actio in rem eſt: quod & nomen ipſum ſatis arguit, *l. 28. ff. h. t.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de univerſitate eſt, ut in eam quoque veniant quædam præſtationes perſonales, non propriè ex præcedente aliqua obligatione, qua facto ſuo ſe obſtrinxerit poſſeſſor hæreditatis; quem conſtat quaſi rem ſuam gerentem nemini ſe obligare voluiſſe, *l. 14. §. 1. comm divid.* ſed quarum nomine is qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quiſque, qui ſe obligavit, tenetur; hoc eſt etiamſi, exempli gratia, pecuniam exactam non poſſideat, nec dolo poſſidere deſierit, *l. 20. §. ult. de hær. pet.* & omnino ut debitor generis, non ſpeciei: atque hoc demum reſpectu mix'a perſonalis hæc actio dicitur in *l. 7. C. de hær. pet.* Contra actiones familiæ erciſcundæ & communi dividundo in perſonam ſunt, non deſcendentes ex dominio ſimul & obligatione; ſed ex obligatione dumtaxat,

quam una parit rerum ſuſcepta communio, quæ-
que non minus ſocium obligar ad patiendam re-
rum diviſionem, adjudicationeſque, & conde-
mnationes, quàm ad præſtationes lucri, damni,
impenſarum, manentem in communione. Tan-
tum quia conſortes de re ſua agunt, hoc eſt, par-
te ſua, inſtar eorum, qui rem vindicant, ideo
dicuntur hæ actiones mixtam cauſam obtinere vi-
deri, tam in rem, quàm in perſonam, *d.§.20.inf.*
De actione finium regundorum expreſsè teſtatur
Paulus in *l.1.fin. reg.* in perſonam eam eſſe, licet
& ipſa certo reſpectu pro actione in rem ſit, ut ini-
7 tio diximus. Minus autem ferendi ſunt, qui actio-
nes quæ in rem ſcriptæ dicuntur, qualis verbi cau-
ſa eſt actio quod metus cauſa, *l. 9. §.ult im.quod
met. ca.* aut perſonales non eſſe contendunt, aut
eſſe mixtas non diſſimili ſenſu, quàm quo ſupe-
riores. Nam actionem quod metus cauſa in per-
ſonam eſſe, expreſsè traditur in *§.præterea.* 31.
infra eodem. & palam eſt, eam eſſe ex obliga-
tione, obligationem ex maleficio, quod faci-
nus appellatur in *l. 14.§.quod ſi.11.quod met. cau.*
quod autem ſcripta in rem dicitur, non hanc
habet ſignificationem, eam in rem eſſe, naſcive
ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut pro-
inde rem & propier rem poſſeſſorem ſequatur:
ſed indefinite de eo, quod metu geſtum eſt, con-
ceptam eſſe ſine deſignatione perſonæ, ad quam
verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulp.
in *d. l. 9. §. 1. & ult.* atque ex uſu veterum
in hujuſmodi orationibus obſervarunt viri erudi-
ti. Duar. *ad l 7.§. pactorum. 8. ff. de pact. & ad
tit.quod met. cauſ. cap.3.* Donell. *hoc loco, & 15.
comm. 38.* VINN. Quamvis quæſtio illa dentur-
ne actiones mixtæ, non adeo magni momenti
ſit, & ipſi alio loco oſtenderimus, poſſe doctri-
nam de actionibus & ſine hac diſtinctione ex-
plicari; non tamen exiſtimo abſurdam eſſe eorum
ſententiam, qui mixtas actiones reperiri conten-
dunt. Nam [1] quamvis & Ulp. *l. 25. ff. de O.
& A.* & Tribonianus hoc § actiones in duo ſum-
ma genera partiantur; nihil tamen in jure noſtro
frequentius eſt, quàm ob ſpecies, quæ mixtam
cauſſam habent, modo bipartitam, modo tripar-
titam dari diviſionem. Vid. Noodt *Prob.* 1. 12.
[2] Quamvis petitio hæreditatis naſcatur ex ju-
re hæreditario ſimul, tamen etiam pro funda-
mento habet quaſi contractum, puta adminiſtra-
tionem rei alienæ, arg. *l. 1. l. 31 l. 10.§.1. l. 25. §.
11. l. 50. §. 1. ff. h. t.* [3] Ita & judicia diviſoria
manifeſto & jus in re ponunt & obligationem ex
quaſi contractu. Unde non nudè in *perſonam* eſſe
dicuntur hæ actiones, ſed *pro rei vindicatione*,
l.1.ff.fin. reg. & ſpeciatim judicium communi di-
vidundo *magis ex re, quàm ex perſona ſocii*, naſci
dicitur, *l.29 pr.ff. comm.div.* [4] Non abſurdum
eſt, veteres JCtos hæreditatis petitionem rea-
lem; judicia diviſoria perſonalia dixiſſe, quam-
vis mixtæ ſint naturæ. Denominationem enim
ſæpe in mixtis ab eo ſumimus, quod prævalet; &
ſufficit mixtas has actiones diſerte appellari in §.
ic. h t. & l. 7. C. de hær. petit. Non enim ſanè
ob finem ita dicuntur, ſed quia duplex hic eſt
cauſſa petendi: jus in re & obligatio. HEIN.
Cum eo qui obligatus] Deſcriptio actionis in 8
perſonam exprimens definitionem, quæ traditur
in *l.actionum. 15.ff.hoc tit.* ut ſit actio, qua cum
eo agimus, qui obligatus eſt nobis ad faciendum
aliquid vel dandum. Quæ definitio clarè oſten-
dit, cui & adverſus quem hæc actio competat,
& quid per eam petamus. Nimirum cùm cauſa
hujus actionis ſit obligatio, obligatio autem in-
ter duos intercedat, inter eum, qui obligatum
habet, & qui obligatus eſt; quorum ille credi-
tor, hic debitor dicitur, ſponte hinc ſatis intel-
ligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obli-
gatum habet, in eum, qui obligatus eſt. Et no-
tandum, quod hæc actio & eidem ſemper & ad-
verſus eumdem detur. Quod adverſus eumdem
ſemper locum habet, ut ſcribit J. C. in *d. l. 25.*
mirum non eſt: neque enim obligatio à perſona
debitoris ſeparari, aliuſve debitor invito credi-
tori ſubſtitui poteſt. Verùm obligatio debito-
rem ſequitur, ut lepra leproſum, *Interpp. hic*.
Sed & quod eidem ſemper detur, nec alii, quàm
primo creditori, ex eadem ratione itidem eſt:
nam nec obligatio ab eo, cui primo acquiſita eſt,
avelli poteſt, ſed in perſona ejus perpetuo hæ-
ret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione
naſcitur. In ſumma obligationes atque actiones
perſonales ita comparatæ ſunt, ut in perſona
utriuſque contrahentium eas radicari oporteat:
adeo ut nec ab initio expreſſa conventione fieri
poſſit, ut vel alius obligetur, vel alteri obliga-
tio aut actio acquiratur, *§. 3. 4. & 18. de inut.
ſtip. l. ſtipulatio. 38. §.alteri. 17. ſup. de V. O. l. 11.
de obl. & act.* licet poſterius hoc ſuas habeat exce-
ptiones, de quibus dictum *§. 19. ſup. d. tit.*
At enim verò etſi ex ratione juris creditor nomen 9
alienare non poteſt hoc effectu, ut actio vel obli-
gatio ad eum modum transferatur, quo res cor-
porales & quæ dominii noſtri ſunt à nobis tranſ-
feruntur, receptum tamen eſt, ut poſſit nomen
& actionem vendere, aliove modo transferre hoc
effectu, ut, verbi cauſa ex vendito conveniri poſ-
ſit, ut actiones ſuas cedat, quo facto emptor pro-
curator in rem ſuam conſtituitur, manentibus di-
rectis actionibus apud venditorem, cujus nomine
eas in rem ſuam exerceat. Sed & non ceſſis actio-
nibus placuit emptorem ſuo nomine utilibus ex-
periri poſſe. Quod benignè conſtitutum eſt, quo
plenius emptori cæteriſque conſuleretur, *l. 16.
ff. de pact. l. 5. l. 8. C. de hær. vel act. vend. l. 18.
C. de legat.* de quo fusè & ſubtiliter diſſerit Ba-
chov. *de action. diſp. 4. theſ 2. & 3.* In actione in 10
rem utramque contrario modo ſe habet. Nam
cùm ea non ex alia cauſa naſcatur, quàm ex domi-
nio, aut ſimili in rem jure: hoc autem jus à domi-
no una cum re ipſa totum ac directum in alium
transferri queat; inde neceſſario evenit, ut non
ſemper eidem, ſed ei ſemper qui noviſſimè rei, de
qua quæritur, dominium nactus eſt, in rem actio,
& quidem directa detur. Similique modo cùm
res, quam hac actione perſequimur, ad alium
atqu:

Digitized by Google

atque alium poſſeſſorem tranſire, atque ut Jaſon hìc loquitur, per mille manus ambulare poſſit, accidit quoque, ut actio in rem non ſemper adverſus eumdem locum habeat, ſed adverſus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem poſſidet, *d. l. 25.* Atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diverſitas; nam formula actionum in rem abſolutè concipitur ſine deſignatione certæ perſonæ: *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam eſſe*: in perſonalibus autem relata eſt & directa in perſonam rei. *Ajo, te* 11 *mihi centum dare oportere*. Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum eſt: quod & ipſum quoque definitione ſuperiore continetur. In obligationibus faciendis petitur id, quod intereſt; in actionibus generalibus, pro ſocio, negotiorum geſtorum, tutelæ, ratio adminiſtrationis & reliqua. Non ſufficit verò, ut actor generalem proximam cauſam actionis intentione ſua complectatur, puta quod reus ei obligatus ſit decem dare, aut obligatus ſit ex contractu aut quaſi; ſed addenda cauſa propria: *Ajo, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua*. In actionibus in rem ſufficit cauſam communem dicere, hoc eſt, ſe dominum eſſe, etſi non adjiciat ex donato, legato, aut ſimili cauſa. Ratio varietatis hæc eſt, quod qui ſe dominum dicit, ſatis dicit de jure ſuo, unde ſcire poſſit adverſarius, utrum ſibi expediat contendere, nec ne. At in actione in perſonam, niſi cauſa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus ſtatuere poteſt. Planè nomen actionis libello complecti nihil neceſſe eſt, cùm id appoſita certa & convenienti agendi cauſa ex ipſa narratione ſatis intelligatur. Add. Gail. 1. *obſ. 61.* Schneid. *hic n. 110. & ſeqq.* Don. *ad l. 3. C. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio] Subaudi, vel quaſi ex contractu, vel quaſi ex maleficio. Nihil enim frequentius eſt, quàm ut appellatione contractus etiam quaſi contractus, appellatione maleficii etiam quaſi maleficium comprehendatur, §. 10. §. 18. *& ſeq. inf. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. & tempor. action. l. 16. de neg. geſt. l. ex contractibus. 49. de obl. & act.* Atque hæ quidem ſunt cauſæ principales, ex quibus obligatio atque actio in perſonam oritur: ſed tamen 12 non ſunt ſolæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etſi in perſonam ſunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, ſed ex ſola æquitate dantur, quales ſunt in factum ſubſidiariæ, §. *ult. ſupr. de leg. Aquil. l. 23. §. item quæcumque. 5. l. cum autem. 52. de rei vindic.* Hujus generis item eſt actio de tigno juncto in duplum adverſus eum, qui bona fide junxit, *d. l. 23. §. pen. l. 7. §. cum in ſuo. 10. de acq. rerum dom.* Item quæ datur in ſpecie *l. ſi & me & Titium. 32. de reb. credit.* Et condictio ſine cauſa aut ex injuſta cauſa, qua tenetur poſſeſſor malæ fidei nomine conſumptorum fructuum, *l. 3. C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio propriè dici poteſt deſcendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio perſonalis eſſe dicitur, *l. 3. §. 3. ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex ſimili aliquo facto obligatorio naſci conſtat, ſed dari tantùm ob ſummam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia ſcilicet quiſque tenetur præſtare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam proſit ad obtinendum quod ſibi debetur, *l. 2. §. 5. in fin. de aq. pluv. arc.* Pulchrè Oldend. *claſſ. 3. act. 1. quæſt. 2.* Poſtremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione eſt, ex contractu deſcendit; veluti quæ naſcuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortaſſis cauſa eſt, cur Cajus in *l. 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cùm contractus & maleficii mentionem feciſſet, reliquas dicat naſci proprio quodam jure ex variis cauſarum figuris. Reviſe quæ notamus *ſup. ad §. ult. de obl.*

Dare aut facere oportere] Verba ſunt vulgaris 13
& uſitatæ in actionibus in perſonam formulæ; in qua verbum *dare* dominii translationem ſignificat, §. 14. *infr. l. ubi autem. 75. §. ultim. de V. O. l. 25. §. 1. de contr. empt.* verbum *facere*, nudum factum, ut inſulam ædificari, rem tradi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de V. O.* uti & in diviſione ſtipulationum, *l. 2. pr. d. tit. §. ult. Inſt. eodem*. Ait *dare aut facere* disjunctim, ſicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc ſignificat, intentionem formulæ actionum in perſonam duplicem eſſe oportere, quanti neceſſe ſit utrumque ſemper oppoſitum uno axiomate disjunctim diſponi, formulamque hoc modo concipi: *Ajo te mihi dare aut facere oportere*: ſed duas eſſe diverſas harum actionum formulas, quarum una intendamus adverſarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus eſt. Putaverit fortaſſe quiſpiam, cùm ex faciendi obligationibus numquam agi poſſit ad factum ipſum, ſed id tantùm quod intereſt in actionem deduci, *l. 13. §. 1. de re judic. d. l. 72. in fin. pr. de V. O. §. ultim. Inſtit. ſup. eodem tit.* fieri non poſſe, ut umquam tali formulæ locus ſit, qua facere oportere intendatur: nam præſtare id quod intereſt, non eſſe facere, ſed dare ut quidem hoc loci verba iſta accipienda ſunt. Sed rectè dicemus, hac formula, *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem conteſtatam præceſſerit. Utique enim quod promiſſum erat ſignificandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promiſſum negaret, haud dubiè à prætore quoque inſertum fuit formulæ, hoc forte modo, *Si paret Mævium facere debuiſſe, nec feciſſe, quanti intereſt, condemnetur*, prætore ex hypotheſi facti promiſſi & probati dirigente juſſionem de condemnando non in ipſum factum, ſed in id, quod intereſt. Poteſt & mixta hìc admitti formula, *dare, facere*, ut *dare* accipiamus tamquam ſubroga-

rogatum vel *facere*: & ad id quod intereſt referatur.

14 *Aliis quibuſdam modis*] Id eſt, aliis agendi formulis. Nam illæ, quibus intendimus adverſarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in perſonam, ſed pleniſque & maximè quibus dare, iis, quæ in ſpecie dicuntur condictiones: ſunt verò & aliæ aliis in perſonam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriè, nec ut fiat, petimus: ſed quibus, verbi cauſa, intendimus adverſarium tradere aut reſtituere oportere, ut in actione commodati, depoſiti, pigneratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere*, tam latè accipi poſſe, ut eo contineatur etiam rei traditio aut reſtitutio; alioqui hujus formulæ uſus quoque eſſet in rei vindicatione. Sed, ut ante dixi, nudum factum ſignificat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præſtari oportuit; ſed intentio tantùm dirigitur in id quod intereſt, quod ſecus eſt in actionibus modo commemoratis. Et ex diverſo cùm is, qui rem commodat, depoſuit, oppignerat, dominus maneat, certum eſt, nec contrariæ formulæ locum eſſe, neminemque poſſe per actionem commodati, depoſiti, pigneratitiam, intendere dari ſibi oportere. Sed & in actionibus diviſoriis, quas perſonalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam. 20. infra eodem.* Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Juſtiniani & aliis quibuſdam modis reddidiſſe, καὶ ἑτέροις δὲ τρόποις δυνατὸν γενέσθαι τὴν ἀγωγήν. *Sed & aliis modis talis actio intentari poteſt.* Durum certè eſt, verba iſta referre ad illa remotiora ex contractu, vel ex maleficio, quaſi cæteras obligationum cauſas indicent præter contractus & maleficia: add. Bachov. *hic.* & *diſput. 4. de act. theſ. 1.*

15 *Qui nullo jure ei obligatus*] Sequitur deſcriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rurſus definitionem ejuſdem actionis traditam in *l. 25. ff. hoc tit.* ut ſit actio, per quam rem noſtram, quæ ab alio poſſidetur, petimus: & ſemper adverſus eum eſt, qui poſſidet: unde nullo iterum negotio intelligi poteſt, cui & adverſus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait *nullo jure*, id eſt, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto, aut jure, cujus vi perſona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non eſſe inter perſonam ejus, qui in rem agit, ejuſque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis eſt inter creditorem & debitorem propriè dictum: ſed actioni in rem locum facere ſolam rem poſſeſſam, non vinculum aliquod perſonale.

Quo caſu proditæ ſunt actiones in rem] Cùm non ex obligatione, ſed alia ex cauſa, jure ſcilicet in re, judicio experimur, non in perſonam, ſed in rem actio eſt, cujuſcumque generis jus illud ſit, ſive dominium directum aut utile, ſive ſervitus, ſive poſſeſſio, ſive pignus. Etſi enim dominium, ut principale jus in re, præcipua eſt actionis in rem cauſa, & ideo quæ inde naſcitur actio, per antonomaſiam actio in rem & rei vindicatio abſolutè dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipſa intelligatur, *tit. ff. & C. de rei vindic.* non eſt tamen cauſa actionum in rem ſola, ut apparet ex §§. qui proximè ſequuntur, niſi forte appellatione dominii, latius ſumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantùm in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & ſcilicet principalis illa, quæ non alii competit, quàm vero rei domino, *l. 23. ff. de rei vindic.* Igitur emphyteutæ & ſuperficiario, qui veri domini non ſunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l. 1. §. 1. ſi ag. vect. l. 74. de rei vindic.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod ſive dominium utile, ſive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in directa.

16 *Rem corporalem poſſideat, quam Titius ſuam eſſe, &c.*] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda ſunt; à parte actoris dominium; à parte rei conventi poſſeſſio; id quod oſtendit tum hic locus, tum *l. 25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr.* junct. *l. 36. & ultim. ff de rei vind.* Primum, quod hìc intendit actor & probare debet, eſt, ſe dominum eſſe: etenim cauſa petendi in actione in rem tota fundata eſt in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris eſſe.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, neceſſe ſit, ut tempore litis conteſtatæ dominus ſit, an verò ſufficiat, ante ſententiam dominium ei ſuperveniſſe. Jure Canonum res definita eſt, nimirum poſſeſſorem nihilominus condemnandum eſſe, *cap. Abbate. 3. v. de re jud. in 6.* At quæritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro exiſtimo, ex ratione juris civilis nova hìc opus eſſe interpellatione, per expreſſ. text. in *l. 23. ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium ſupervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut ſuſcepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui poſt litem conteſtatam poſſidere cœpit, ad actorem, qui poſt id tempus dominus factus ſit: nam ex parte actoris potiſſimum judicium fundatur, & res in judicium deducitur: non poteſt autem dici, in judicium deductum eſſe id, quod demum poſt acceptum judicium actor acquiſivit, ac proinde nec poteſt judex datus in hac ſpecie procedere ad condemnationem; ſed nova formula à prætore impetranda, novumque conſtituendum judicium eſt, *d. l. 23.* junct. *l. 18 ff. comm. div.* Planè ubi apud ipſos magiſtratus judicium inſtituitur, quod poſt *l. 2. C.*

de

Digitized by Google

de ped. jud. fere neceſſarium fuit; nihil vetat, quominus ſine ambagibus recta & eodem judicio lis decidatur, & poſſeſſor in hujuſmodi caſu condemnetur. Et cur verò abſolveretur, mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certè dominii in perſona actoris præcisè requiritur: nam ſi is poſt litem conteſtatam dominus eſſe deſierit, & in eadem cauſa manſerit uſque ad tempus ferendæ ſententiæ, reus omnino abſolvendus eſt, utpote ceſſante cauſa agendi, cujus non minus tempore ſententiæ, quàm quo lis conteſtatur, ratio habetur, per *l. 7. §. ult. ff. ad exhib.* ita & Jaſ. *hic. num. 69.*
37 ex communi DD. ſententia. Alterum, quod ad inſtituendam & fundandam actionem in rem neceſſarium eſſe diximus, eſt, ut is, cum quo agitur, poſſideat. Nam cùm hac actione agens rem ſibi ut domino reſtitui poſtulet, & ſecundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria eſt, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quàm ſententiam ferat, jubeat rem reſtitui, *§. præterea. 31. infra eodem*. Non poteſt aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi reſtituere, qui reſtituendi poteſtatem non habet: nemo autem habet niſi is, qui rem petitam poſſidet. Sufficit verò ad reum condemnandum, poſſidere eum, quo tempore res judicanda eſt, etſi non poſſidebat, cùm lis conteſtaretur, *l. 27. §. 1. de rei vind.* Poſſeſſionem autem hìc latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentores, id eſt, qui corpore tantùm rem tenentes ejus reſtituendæ facultatem habent: quales ſunt, apud quos res depoſita, aut quibus commodata eſt, aut qui conduxerunt &c. *l. 9. ff. de rei vind.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in poſſeſſione ſunt, actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem act.* Interpretatione juris pro poſſeſſore quoque habetur, qui ſe liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *l. 7. l. 25. & ſeq. ff. de rei vindic.* item is, qui dolo fecit, quominus poſſideat, *l. 22. l. 27. §. 3. l. 36. d. tit. l. 25 §. 8. de hæred. pet.* De quo res poſtulat, ut plura dicamus, & ſimul quid juris, ſi dolus non intervenerit. Si reus, cùm jam lis conteſtata eſſet, poſſeſſionem amiſerit, ſi quidem ſine dolo malo aut culpa, abſolvendus eſt, eoque pertinet *d. l. 27. §. 1.* ſi culpa ſua, pati debet æſtimationem: ita tamen, ut audiendus ſit, ſi deſideret, ut adverſarius actiones ſuas cedat, *d. l. 36. §. 1.* junct. *l. 63. eodem tit.* ſi dolo, vel fraude, damnandus eſt, quantum adverſarius in litem juraverit, nec auditur deſiderans actiones ſibi præſtari, *l. 68. & l. ſeq. eodem*. Non eſt autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac ſi is, unde petitur, adhuc verè poſſideret, ſcilicet ut, quæ natura eſt hujus judicii, primum jubeat rem reſtitui, & ſi non reſtituatur, tum ſequatur ea, quam dix[illegible], & eodem judicio condemnatio; poſtquam placuit, dolum pro poſſeſſione eſſe, & pari in omnibus jure utrumque cenſeri, eum, qui quid habet vel poſſidet, & cujus dolo factum ſit, quominus poſſideat, *l. 131. l. parem. 150. l. ad ea. 157. §. 1. de reg. jur. facie. l. 26. §. ultim. de hæred. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hìc inſtantia & judicio opus eſſe contendunt hoc ſolo argumento, quod adverſus eum, qui dolo poſſidere deſiit, non directa, ſed utilis actio detur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. cauſ.* Equidem fateor, id ita eſſe, cùm ante litem conteſtatam dolo poſſeſſio amiſſa eſt: ubi verò ſemel judicio incluſa eſt actio, uti cœpta eſt, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet doloſi factum poſseſſoris. Porro cum ſuperiores regulæ & ſi quæ ſunt generis ejuſdem, ſimpliciter & indiſtinctè definiant, dolum pro poſseſſione eſse, eumque qui dolo poſſidere deſiit, condemnandum perinde quaſi adhuc poſſideret; ex eo rectè colligitur, non tantùm eum, qui poſt litem conteſtatam dolo poſſidere deſiit, pro poſseſsore haberi, ſed eum etiam, qui ante litem conteſtatam ſimiliter per fraudem poſseſſionem tranſtulit: ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri poſse: quæ collectio firmatur ex *l. in rem. 13. §. pen. de rei vind. l. 1. §. ult. de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *l. qui prætorio. 36. d. tit. de rei vind.* ſcribit, eum, qui in rem acturus eſt, diſpicere debere, an is, cum quo experiri vult, poſſideat vel dolo poſſidere deſierit. Atque ut nulls dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expreſsus eſt in *l. 27. §. 3. ff. de rei vind.* Quia verò revera is, cum quo hic actio inſtituitur, non poſſidet, ſed juris tantùm interpretatione pro poſſeſsore habetur, hac conſideratione utilis hæc actio dicitur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. cauſ.* Unicum eſt, quod hìc objici poſſit, & quo moti Jaſon & Zaſius in contrarium abierunt, nimirum ſi cum eo, qui ante litem conteſtatam dolo deſiit poſſidere, actio in rem inſtitui poſſet, fruſtra videri introductam à prætore actionem in factum edicto *de alien. jud. mut. cauſ. fact.* Verùm hæc objectio levior eſt, quàm ut tantos viros turbare debuerit. Nam edictum illud non tantùm pertinet ad tranſlationem poſſeſſionis eludendæ actionis in rem cauſa factam, ſed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem noſtram, ut eluſoria efficiatur actio, qualiſcumque ea ſit, qua metus erat nos experturos eſse, *l. 4. §. 2. l. 8. 9. & 10. de alien. jud. mut. cauſ.* Nihil verò abſurdi eſt, ſi dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris ſit, utra actione experiri velit. Quinimmo hoc diſertè ſatis traditum eſt in *l. 3. §. ult. d. tit.* Tantùm JC. electionem actoris ita moderatur, ut ſi is, cum quo ex edicto agi poteſt, paratus ſit utile judicium pati, deneganda ſit in eum actio ex edicto, ſcilic. quia ea oblatione fiat, ut actoris nihil interſit. Ex contrario verò concedendum non eſt, ut utile judicium in rem detrectare poſſit, qui paratus ſit ſuſcipere actionem ex edicto.

Toſ.

Digitized by Google

18 *Poſſeſſor autem dominus ejus ſe eſſe dicat*] Priſcis temporibus ita moris fuit, ut cùm actor vindicaſſet, rem ſuam eſse, tunc poſseſsor contra vindicaret, ut conſtat ex antiquis formulis: qualis eſt illa, quam profert Cic. *pro Muræna, cap.* 12. *Fundus Sabinus meus eſt. Immo meus:* cui ſimilis illa apud Plaut. *in Rudent. Hunc meum eſſe dico. Et ego item ajo eſſe meum*. Vid. Boet. in *Top. Cicer.* Gell. 20. *Noct. Att.* 10. Briſson. *lib.* 5. *de form.* Sive autem contraria illa poſseſsoris vindicatio olim neceſsaria fuerit, ſive ὅτι τὸ πλεῖστον, honeſtatis forte cauſa uſurpata, certum eſt, poſterioribus temporibus ad defenſionem rei nihil deſideratum fuiſse præter ſimplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim Jure, quo nunc utimur, cautum eſt, ut actore non probante intentionem ſuam, reus, quamvis nihil ipſe præſtiterit, abſolvatur, inque ſuo loco poſseſſio maneat, *l.* 4. *C. de edend. l. ult. C. de rei vind.* §. 4. *inf. de interd.* ac ne ad hoc quidem poſseſsor compelli poſſit, ut vel titulum poſseſſionis ſuæ edat, *l.* 11. *C. de pet. her.* cùm tamen, qui titulum poſseſſionis ſuæ dicit, non continuo dominium ſibi aſserat: conſtatque, judicium rei vindicationis etiam conſiſtere & peragi, cùm in confeſso eſt, reum non poſſidere affectione domini, ſed alieno nomine in poſseſſione eſse, *l.* 9. *ff. de rei vind.* Abſurdum autem eſt, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falſum ſit, aut probare non cogatur, & quo non probato, nihilominus obtineat, ſi ſuam intentionem actor non impleverit. Denique nihil intereſt actoris, reum contra vindicare. Minimè igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutuæ vindicationis, inferenda eſt juris aliqua neceſſitas, quaſi ad defenſionem poſseſsoris omnino neceſse ſit, ut is contra vindicet, & ſe dominum rei ejus, quæ petitur, eſse contendat: & vulgatum eſt, verba narrativè poſita non cenſeri diſpoſitiva, quando in iis principaliter ſe legislator non fundat, ut notatum ſupr. §. 4. *de milit. teſt.* quod hìc non fit. Hæc vera eſt hujus loci & genuina interpretatio, non ſpuria depravatio, ut eam appellat Anton. Contius 1. *diſt.* 12. ſtolidi alicujus oſtentatoris. Deridet Contius ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum hoc enthymema: Si actore non probante reus abſolvitur, non cogitur reus contra vindicare. ipſe verò ſic ex contrario ratiocinatur: Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur neceſſitas conſequentiæ, quæ eſt in ſuperiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falſitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate poteſt, quàm ſi oſtendatur, reum, qui contraria vindicatione uſus non eſt, protinus condemnandum eſse, licet de intentione ſua nihil probaverit petitor. At hoc nec Contius dicere auſus ſit: quin ipſe tacitè contrarium fatetur, dum ideo reo neceſſitatem contra vindicandi imponit, quia fieri poſſit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur, prodeſse reo quod initio litis contra vindicet, minimè verò ad inſtituendam & fundandam actionem ſufficere ſimplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipſum, quod contendit Contius, falſum eſse non dubito, & poſseſsorem, qui ſimpliciter negavit actorem dominum eſse, non minus audiendum, ſi impleta intentione petitoris, ſe dominum eſse probare velit, quàm ſi initio contra vindicaſset, *arg. l.* 9. *C. de except.* Utique nihil hìc fit contra regulas, quæ ſunt de exceptionibus in principio litis conteſtandis. Nam ſi poſseſsor licet ſimplici inficiatione uſus admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra ſe dominum eſse oſtendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quàm quod in ingreſsu litis dixerat, actorem dominum non eſse, cùm ejuſdem rei duo in ſolidum domini eſse non poſſint, *l.* 5. §. *ult. comm. div.* Cùm autem actoris probationibus per contrarias res eliſis perinde habeatur, ac ſi nihil probatum eſset, hoc unum relinquitur, ut reus abſolvatur. Planè ſi poſseſſor non tantùm abſolvi ſe, ſed dominum etiam declarari velit, rectè faciet & mori judiciorum antiquo conveniente, ſi initio in lite conteſtanda dominum ſe eſse dicat, & contra vindicet, *arg. l.* 18. *comm. div.* Quæ ſit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta ſunt, ſponte intelligitur: cùm enim hæc actio ſit, per quam rem noſtram petimus, *l.* 25. *de obl. & act.* prius eſt, ut actor intendat rem ſuam eſse, quæ ab alio poſſidetur; ſic deinde eam petat, id eſt, reſtitui ſibi à poſseſsore poſtulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni ſuæ conſequitur: nam & dominum eum eſse judex pronuntiat, remque ei reſtitui jubet cum fructibus, & omni cauſa, *l.* 20. *l.* 35. §. 1. *ff. de rei vind.* Quod ſi poſseſsor reſtituere juſsus non pareat, ſequitur illa ſententia, qua condemnatur, quanti ea res eſt jurejurando actoris æſtimata, quandoque etiam manu militari poſseſſio ab eo transferatur, *l.* 46. *l.* 68. *d. tit.*

Textus.

De actione confeſſoria, & negatoria.

2. *Æquè ſi agat quis, jus ſibi eſſe fundo forte vel ædibus utendi, fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio eſt. Ejuſdem generis eſt actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, ſi quis agat, jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de uſufructu, & de ſervitutibus prædiorum ruſticorum,*

item

Digitized by Google

item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ ſunt actiones: ut ſi quis intendat, jus non eſſe adverſario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, proſpiciendive, vel projiciendi, immittendive; iſtæ quoque actiones in rem ſunt, ſed negativæ. Quod genus actionis in controverſiis rerum corporalium proditum non eſt. Nam in his agit, qui non poſſidet; ei vero, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe. Sane uno caſu, qui poſſidet, nihilominus is actoris partes obtinet, ſicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit.

NOTÆ.

2. *Altius ædes ſuas tollendi*] Altius ædificatur jure ſervitutis à vicino impoſito & ædificanti quæſitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita eſt ædificandi licentia, & vicinus ædificanti conceſſit formam præſcriptam excedere: atque hoc caſu actio eſt confeſſoria. Cæterum jure libertatis & negatoria agitur, *l. 8. C. de ſervit.*

Sed negativæ] Paſſim negatoriæ. Actio negatoria propoſita eſt neganti ſe ſervitutem debere: confeſſoria ſervitutem ſibi aſſerenti, *tit. ſi uſuſf. pet. & tit. ſi ſerv. vind.* quod magis ex re petita, quàm ex figura orationis æſtimandum.

Proditum non eſt] Quoniam in controverſiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure, non de ſuo agit; qui negat rem poſſidentis eſse, non continuo evincit ſuam eſſe, *l. 15. de except. rei jud.*

Ei qui poſſidet, non eſt actio prodita &c.] De re corporali numquam in rem actio ultro poſſidenti datur: quippe cui ſufficit, quod poſſideat, *l. 1. §. 6. uti poſſ.* Secus eſt in ſervitutibus, quarum uſus in alieno eſt.

Sanè uno caſu] Ita quoque Theoph. alias, *non uno caſu*. Goveanus, *Sanè hoc uno caſu*, id eſt, in controverſiis ſervitutum: quomodo & in duobus codicibus Theoph. *ἐν ἑνὶ δὲ μόνῳ θέματι*. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam eſſe, confeſſoriam, & negatoriam, utramque in rem.*
2 *An hæ actiones etiam pro alio jure dentur, quàm pro ſervitutibus.*
3 *Actiones haſce non ex figura verborum, ſed ex ſententia & re petita æſtimandas.*
4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut oſtendatur, bene vel male eum inter formulas confeſſorias hanc ponere, Ajo mihi jus eſſe ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5 *Accurata demonſtratio, dari aliquod jus altius tollendi: quod ei, qui altius tollit, jure ſervitutis conſtitutæ competat.*
6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non eſſe, & quare?*
7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus?*
8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro poſſeſſori non detur? Hotomanni correctio & diſputatio confutantur.*
9 *Fruſtra eſſe omnes, qui unicum illum caſum, de quo in hujus §. calce, quærunt.*

ÆQuè ſi agat quis*] Reſpicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti ſi rem corporalem poſſideat quis, &c.* quaſi dicat, etſi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habuit, ſciendum tamen eſt, etiam rerum incorporalium nomine, quæ noſtræ ſunt, actionem in rem comparatam eſse, nempe de uſufructu & cæteris ſervitutibus. Et 1
obſervandum eſt, quod in hoc genere rerum non una tantùm actio prodita ſit, ut in controverſiis rerum corporalium, ſed duæ diverſæ, una ſervitutem ſibi competere aſcrenti, altera neganti ſervitutem ad alium pertinere: qua ſervitus aſseritur, confeſſoria; qua ad alium pertinere negatur, paſſim negatoria à prudentibus vocatur, *l. 2. ff. ſi ſerv. vind.* interdum negativa, *l. 5. ſi uſuſf. pet.* & à Juſtiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem noſtram petimus, aut ſervitutem vindicando, aut rei noſtræ perſequendo libertatem. Hinc & duplex horum titt. *ſi uſuſfr. pet. vel ad alium pert. neg. ſi ſervitus vind. vel ad al. pert. neg.* inſcriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem ſignificatur, ſcilicet petitionis & vindicationis, *l. 25. & l. 28. de obl. & act.* Servitutum quædam ſunt perſonarum, ut uſus & uſusfructus, quædam rerum ſive prædiorum, *l. 1. ff. de ſerv.* & quæ prædiorum ſunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum ruſticorum. Sed de ſervitutibus ipſis tractare, aut de earum conſtitutione, non eſt hujus loci: pertinet ea tractatio ad ſecundum juris objectum, actumque de iis *ſup. lib. 2. tit. 3. & 2. ſeqq.* Quod verò exempla ſingulorum generum hìc proferuntur; ideo tantùm fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec eſt de eo ulla controverſia. Verùm illud quæritur, an non præter ſervitutes, quæ ſolæ hìc commemorantur, ſint alia quædam jura, quorum tuendorum cauſa ſimiliter ut pro ſervitutibus actio confeſſoria aut negatoria jure noſtro comparata ſit; veluti ut quis juriſdictionem ſibi aſſerat, aut ad alium pertinere neget. Et benè Vaud. 1. *var. quæſt.* 27. probat, non eſse. Nam ſi plura ſunt harum actionum habilia objecta; cur ſolæ nominantur ſervitutes? aut cur confeſsoria & negatoria, ut uſusfructus & ſervitutum actiones propriæ, à Juriſconſultis proponuntur, *l. 1. l. 4. ſere per tot. ſi ſerv. vind. l. 5. ſi uſuſfr. pet.* quibus in locis obſervare licet,

hæc,

Digitized by Google

hæc, ut *ἰσοδυναμοῦντα*, ſæpe inter ſe permutari, actio confeſſoria aut negatoria, & actio de ſervitutibus. Infamiam ſuam produnt in rebus ad formam ac conſtitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuiſſe etiam magiſtratus populi Romani hujuſmodi actione aliqua, ſaltem utili, ſuam ſibi defendere, & vindicare juriſdictionem: nam ut actio nobis competat, neceſſe eſt, rem quam petimus in bonis noſtris eſſe, *argum. l. rem. 52. de acq. rerum dom.* id eſt, vel noſtram eſſe, vel nobis debitam, *l. bonorum. 49. de verb. ſignif.* quod & oſtendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata eſt. Juriſdictio autem non erat res magiſtratuum propria, aut pars eorum patrimonii; ſed ex conceſſione tantùm principis aut populi, magiſtratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum ſit exiſtimare, pro ea ſibi tuenda actionibus experiri potuiſſe. Planè hodie, poſtquam juriſdictio facta eſt patrimonialis, poſſunt actiones de ſervitutibus ad eam quoque vindicandam accommodari per extenſionem, ut principes, comites, ſive alii, qui cum territorio juriſdictionem perpetuam habent, pro ea ſibi aſſerenda utili confeſſoria experiantur contra eos, qui exercitionem ejus impediunt; quæ & communis eſt Interpp. ſententia, teſte Suarez *recept. ſent. num. 25.* add. Gail. 2. *obſ. 66.* Schneid. *hic*
3 *num.* 11. Illud monendi ſumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quàm ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata eſſe. Nam, ut ex definitione utriuſque actionis conſtat, tradita in *l. 2. §. 1. ſi ſerv. vind.* & exemplo propoſito in *l. 4. §. competit. 7. eod. tit.* quiſquis intendit ſervitutem ſibi competere, confeſſoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etſi oratio verbis negativa eſt: & qui vi ipſa negat, rem ſuam ſervire, agit negatoria, etiamſi verbis affirmantibus intentio concepta ſit. Intendit ergo aliquis habere ſe jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etſi oratio affirmativa eſt, quia re ipſa negat, ſervitutem ſe vicino debere, ſive vicino jus eſſe prohibendi, quo minus ædes altius tollat, quo modo ſi concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non eſſe ædes ſuas altius tollere, hic agit confeſſoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia ſervitutem ſibi competere contendit, ſive jus ſibi eſſe prohibendi, ne vicinus altius ædificet, quæ intentio etiam figura orationis affirmativa eſt, *d. l. 4. §. 7.* Atque hoc quidem eſt in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumſcripta eſt: quod ſi certa altitudo publicè conſtituta ſit, ſupra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmativa eſt, ita & re ipſa ſit, & vindicandæ ſervituti per confeſſoriam accommodata: & contra poſterior ut verbis negat, ita & ſententia verborum negatoriam contineat, qua ſervitus negetur, aſſeratur libertas, ut mox clarius apparebit.

Jus ſibi eſſe altius ædes ſuas tollendi] Si verum eſt quod modo diximus, utrum actio pro con- 4
feſſoria aut negatoria habenda ſit, magis ex ſententia verborum & re petita æſtimandum eſſe, quàm ex orationis figura, videri poteſt Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbaſſe, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus eſſe altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confeſſoriatum conjunxiſſe, quibuſcum nihil commune habet præter externam verborum formam. Et contra paulo poſt actionem, per quam intendo, jus non eſſe vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa eſt, conjunxiſſe cum negatoriis. Nam ſecundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipſa negatoria eſt, quia qui ea utitur, nullam ſervitutem ſibi vindicat, ſed effectu negat, ſe alteri ſervitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu eſt confeſſoria, quia ſervitutem iſtam ſuis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Gloſſa & Hotomanno reprehendi, nec non noviſſimè à Bachovio, qui eo amplius *ἁμάρτημα* iſtud Triboniano potius condonandum contendit, quàm admittendas eſſe inanes quaſdam conjecturas, quæ pro defenſione Triboniani afferuntur, excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi ſervitutis ſibi conſtitutæ confeſſoria vindicare poſſit: aut contra quo quis jure libertatis ædium ſuarum negatoria agat, jus non eſſe vicino tollere ædificium ſuum. Et ſanè ſpecies, quæ à Gloſſa proponitur, exemplum manifeſtum eſt negatoriæ, nempe ſi cum vicino, cùm eſſet in quaſi poſſeſſione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi eſſe altius ædificatum habere, quàm palam eſt, non ſervitutis, ſed libertatis vindicationem eſſe, *l. 8. C. de ſervit. l. 9. ff. de ſerv. præd. urb. l. 4. §. competit. 7. ſi ſerv. vind.* Fatendum quoque eſt, non quadrare exemplum, quod profert Dynus, & poſt eum Jaſon. *hic num. 43.* Si oneris ferendi cauſa ſervitus impoſita ſit, & vicini ædibus, quæ ſerviunt, collapſis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut ſecundum legem impoſitæ ſervitutis recipiendo oneri noſtrarum ædium ſit idoneus. Hoc enim exemplum eſt vindicationis diverſi generis ſervitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando ſimul conſequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore verſari fatemur eos, qui exemplum confeſſoriæ de hac ſervitute peti poſſe putant ex *l. 17. §. 2. de ſerv. præd. urb.* & nimirum tale. Si cùm mea intereſſet vicini ædes altius tolli, forte ut per repercuſſionem lumen in meas ædes depreſſiores devolveretur, vicinus mihi ceſſerit ſervitutem altius tollendi, & poſtea cum eo experiar, ut altius tollat. Nam & hoc æquè alienum eſt.

Ut

Digitized by Google

Ut enim formulæ confeſſoriæ, de qua agimus, locus ſit, quærenda ſpecies ſervitutis non ab eo debita, de cujus ædium ſublatione agitur, & qui ob id ipſe cogi poteſt ſuas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quamquam dari talem ſervitutem poſſe non exiſtimo, per *l.* 15. §. 1. *de ſerv.*) ſed ei ipſi debita, qui tollit: ac proinde qui ad ſuum commodum id facere poſſit invito vicino; eoque non patiente ſervitutem ſibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus eſſe ædes meas altius tollendi*: aut *licere altius tollere*, *l.* 2 *de ſerv. præd. ruſt. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* Denique fateor, ſi pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rurſus conceſſa ſit, ne ſic quidem jure ſervitutis mihi poſteriori pacto conſtitutæ intendere, me poſſe, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cùm poſteriore pacto non nova mihi ſervitus à vicino conſtituatur, ſed quæ illi à me conſtituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua ſi experiar, agam quidem, jus eſſe mihi altius ædificare, ſed jure rei meæ, quæ jam amplius non ſerviat, ac proinde actione negatoria, *d. l.* 2. §. 1. *&* *d. l.* 4. §. 7. *ſi ſerv. vind.* junct. *l.* 8. *C. de ſervit.* Idemque dicendum eſſe, ſi vicinus, quod juris contra me longa quaſi poſſeſſione ſive præſcriptione quæſierat, poſtea remiſerit. Et hactenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed eſt aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defenſionem ejus adferri poteſt, non in vana aliqua conjectura poſitum, ſed ſubnixum manifeſta auctoritate conditorum juris, quam fruſtra conatur eludere Bachovius, ut fusè probavimus in exegeſi §. 1. *ſup. de ſervit. præd.* quamobrem
5 hìc erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei qui altius tollit, jure ſervitutis conſtitutæ competat, patet ex Cajo *l.* 2. *de ſervit. præd. urb.* qui eo loco diſertè dicit, jus altius tollendi eſſe jus urbani prædii, atque hoc ipſum jus ut ſervitutem diverſi generis ſegregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l.* 1. *d. tit. &* *l.* 7. §. 1. *comm. præd.* item Nerat. *l.* 2. *de ſerv. præd. ruſt.* ubi apertiſſimis verbis ruſtici prædii ſervitutem eſſe pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini*. Loquitur Juriſconſultus ſuo arbitratu, ex loco prædium ruſticum appellans ædificium, quod ruri eſt, non conſiderato juris effectu, cujus alioqui conſideratione etiam ædificia, quæ in agris ſunt, pro urbanis prædiis haberi ſolent, *l.* 1. *comm. præd. l. urbana.* 198. *de verb. ſign.* quod ad rem præſentem nihil pertinet, & alibi explicatum eſt. Accedit, quod in *l.* 1. *C. de ſervit.* reſcriptum ab Antonino eſt, ſervitutem altius ſublatum habendi, ſive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa poſſeſſione acquiri poſſe. Quæ conſtitutio evertit commentum Bachovii negantis jus altius tollendi ſervitutem dici poſſe, niſi quatenus relatio ſit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipſe contra ædificare & luminibus ejus officere jure conſtituta ſervitute non poteſt, ut ſupradicto loco pluribus oſtenſum eſt. Hoc igitur poſito, dari hujuſmodi aliquam ſervitutem, reſtat, ut exempla proferamus. Ea nobis ſuppeditant *l.* 11. *de ſerv. præd. urb. l.* 1. *l. pen* §. 1. *C. de ædif. priv. l.* 1. *C. de ſervit. l.* 14. *de ſerv. præd. urb.* Tacit. *lib.* 15. *annal. cap.* 42. Strabo *lib.* 5. *p.* 162. Aurel. Victor. *in epitom.* quibus omnino adde Pet. Fab *ad l. domum ſuam.* 61 *de reg. jur.* Hi loci atque auctores nos docent, ædificiorum altitudinem olim reſtrictam fuiſse ad certum modum, & in pleriſque civitatibus, & ipſis etiam urbibus, Roma & Conſtantinopoli, quem modum excedere ædificando non liceret: deinde etiam non potuiſse dominum in area ſua ædificare, niſi intermiſſo legitimo ſpatio à vicina inſula, ut teſtatur Papin. *d. l.* 14. Utrumque autem in vicinorum gratiam: illud propter diſcrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quàm dominum ipſum tangit; hoc, ut ſaltem tantum luminis, quantum diſtantia illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre poſsent: notum enim eſt, quo magis diſtat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortaſſis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contiguæ quoque facile corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altius tollendi alias libertatis eſse potuit, non rarò item contra, impoſitæque à vicino & alteri quæſitæ ſervitutis: ſicuti & nunc eſse poteſt, ſicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè conſtituta eſt, ſupra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam ſi forma præſcripta non exceditur, hactenus libere & jure rei ſuæ quiſque ædificat, poteſtque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitente: uti jure gentium ædificare quiſque poteſt in infinitum, cùm nulla ædificiorum forma definita eſt, *l.* 9. *l.* 11. *de ſervit. præd. urb. l* 8. *C. de ſevit.* nimirum in ſuo facere quiſque, quod lubet, poteſt, dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. 5. *ſi ſerv. vind.* Proinde ſi quis hìc, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus ſibi eſse altius ædificandi, is ædes ſuas hactenus liberas eſse contendit negans, ſervitutem ſe debere, utiturque ex definitione, *l.* 2 §. 1. *d. tit.* actione negatoria, non confeſsoria: ut fatendum ſit, erraviſse Tribonianum, ſi credidit, pro vindicando jure altius tollendi confeſsoria agi, ſi jus illud aut planè liberum ſit, aut reſtrictum quidem ad certum modum, ſed intra quem agens conſiſtere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam ſive altitudinem non cuſtodire. hìc jam reperimus exemplum & actionis confeſsoriæ de ſervitute altius tollendi, & negatoriæ de ſervitute contraria non extollendi. Nam ſi vicinus mihi

con-

conceſſerit jus, invito ſe ſupra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus ſuis, hoc jus ſervitutis erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo ſuo: quod pati utique ſervitutis eſt, *l. 15. §. 1. de ſerv.* & proinde ſi me impediat, quominus altius ædificem, hic locus erit actioni confeſſoriæ, qua intendam, jus mihi eſſe ædes meas altius tollere: quam ſervitutis vindicationem eſſe in ſpecie propoſita dico, cùm ex jure impoſititio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi ſervitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario ſi vicinus nullum mihi jus ceſſerit, atque ego nihilominus ſupra ſtatutum modum ædificare incipiam, hìc jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non eſſe invito ſe ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non ſervitutis eſt; cùm hac intentione ſervitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ eſſe dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi poteſt, ſi certum aliquod ſpatium jure publico definitum ſit, quod in ædificando intermittatur à vicini inſula; *juxta l. 14. de ſerv. præd. urb.* Atque his caſibus etiam ſervitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis conſuetudo, ut ſcriptum eſt in *l. 1. C. de ſerv.* His autem, quæ diximus, non obſtat, quod prius confeſſi ſumus, ſi libertas adempta ſit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam dumtaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi poſtea conceſſerit ædificare altius, non novam hìc mihi ſervitutem conſtitui, ſed conſtitutam pacto poſteriore remitti, remque meam ſic redire in priſtinam libertatem. Cùm enim lege poteſtas naturalis libere ædificandi ſublata eſt, licet unus è vicinis mihi ceſſerit jus altius ædificandi, quàm invito eo, per legem liceat; manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate reſpectu cæterorum vicinorum, quorum intereſt ædes meas altius non tolli: niſi ponamus, omnes ſimul ceſſiſse, quo caſu concedam, liberas eas fieri. Ad hujuſmodi igitur ſtatuta, facta in gratia vicinorum, interpoſitaſque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium uſum, ſi Tribonianus reſpiciens, formulam, qua quis intendit, jus ſibi eſse ædes ſuas vicino invito altius tollere, confeſſoriis adſcripſit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici poteſt. Addimus ſemper *vicinorum gratia*. Nam ſi quid præciſè conſtitutum ſit non habita ratione vicinorum, ſed ornatus tantùm publici cauſa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non poſse, *l. 38. de pact. cum ſimil.* Vidit hoc primo Joan. Faber; diligentius expoſuere Zaſ. Bar. Don. & noviſſimè Chriſtoph. Riccius in *præmiſſ. vind. jur. cap. 14.* Si cui tamen adhuc ſcrupulus hæret, eximent ea, quæ ſcripſimus ſupra memorato loco.

Quod genus actionis in controverſiis rerum cor- 6
poralium proditum non eſt] Actiones in rem de rebus incorporalibus ſunt duorum generum, confeſsoriæ, & negatoriæ: de rebus corporalibus generis unius, omnes ſcilicet confeſsoriæ: quamquam in harum rerum vindicatione verbo *confeſſoriæ* non utimur, quia nulla in iis eſt actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de ſuo jure, non de alieno agere oporteat, *l. 5. ſi uſusfruct. pet.* id eſt, ita agere, ut dicat, aliquid eſse ſuum, non autem ſimpliciter neget, eſse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali ſervitute, aut rei noſtræ libertate. Eſtque in promptu hujus rei ratio. Nam qui alienum eſse negat, nihil hac intentione jus ſuum promovet: cùm ſi res adverſarii non ſit, non continuo ſequatur, eam eſse agentis, & fieri poſſit, ut ſit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura eſt, ut qui rem, quam petit, adverſarii eſse negat, non ideo affirmet, hìc quicquam ſuum eſse, unde eſt, quod inutilis hìc ſit agenti negatio, ut agenti non de jure ſuo, ſed alieno dumtaxat. In ſervitutibus verò contra eſt: nam qui ſervitutem ſe debere negat, hac inficiatione vi ipſa ſimul aliquid ſuum eſse affirmat: id eſt, rem ſuam liberam eſse, *l. 4. §. 7. ſi ſerv. vind.* & proinde de ſuo jure, non alieno agit, ut eſt in *d. l. 5. ſi uſusfr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non ſit. Et negatoria igitur actio ipſa quoque in ſervitutibus admiſsa eſt: non ut negans, ſed ut affirmans, & ut confeſsoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

Nam in his agit, qui non poſſidet] Ratio decla- 7
rans id, quod proximè dixerat, actionem negatoriam in controverſiis rerum corporalium proditam non eſse: quia ſcilicet ſic comparatum eſt, ut in his ſolus agere poſſit is, qui non poſſidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo poſt. Indicatur autem hìc alia controverſiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia: nimirum quod in iſtis is ſolus agere poſſit, qui non poſſidet; in his is etiam, qui ſit in poſseſſione. Videamus quàm rectè. Si rem corporalem poſſidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confeſsoria erit, aut negatoria. Ut confeſsoria poſseſsori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam noſtram eſse aſserimus, nobis reſtituatur. Hæc verò intentio nullo modo poteſt convenire poſseſsori. Ridiculum enim eſt petere, quod habeas, aut quid reſtitui ab eo, qui non habeat, ac proinde reſtituere non poſſit. Contradictionem quoque implicat, ſi quis intendat, ſe poſseſsorem eſse, & nihilominus rem ſibi reſtitui poſtulet ab adverſario. Quod ſi contendat, rem non eſse penes adverſarium, & tamen ab eo ſibi velit reſtitui, cum ipſa rerum pugnat natura, per quam fieri non poteſt,

teſt, ut quis reſtituat, quod non habet. Negatoria quominus poſſeſſori detur, natura impedimento non eſt: nihil enim prohibet, actionem ultro poſseſsori dati adverſus turbatorem, eumve, quem ſibi poſseſſionis controverſiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de ſervitutibus, *l. 5. §. ult. ſi uſusfr. pet.* ſed tamen ne hæc quidem poſſeſſori rei corporali prodita eſt, quia viſa eſt non neceſſaria, & ſufficere poſſeſſori ad ſervitutem, quod poſſideat, *l. 1. §. 6. uti poſſid.* Planè ad evincendum rem ſuam eſſe, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam poſſidenti rem corporalem, quàm non poſſidenti, inepta & inutilis eſt negatoria: quia nemo ſe dominum eſſe, aut rem ſuam eſse vincit, propterea quod negat eſſe adverſarii, ut dictum eſt ſupra. In rerum incorporalium ſive ſervitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo ſe habent: nam nec minus is, qui eſt in poſſeſſione ſervitutis, de ſervitute confeſſoria agere poteſt, quàm is, qui non eſt in poſſeſſione: & contra is non minus, qui eſt in poſſeſſione libertatis, de jure ſuo experiri negatoria poteſt, quàm ſi non ſit. Et hoc eſt, quod Ulpian. ſcribit, in ſervitutibus poſſe eumdem & poſseſsorem juris & petitorem eſſe, *l. 6. §. 1. ſi ſerv. vind.* quod & traditur in *l. 8. §. 3. d. tit. l. 5. §. ult. ſi uſusfr. pet.* Naſcitur hæc diverſitas ex eo, quod rerum corporalium poſſeſſio ita comparata ſit, ut nemo eam poſſeſſori, dum rem ſuam tenet, niſi per vim, intervertere poſſit: ut adeo ſupervacuum ſit, actionem ei ultro dari, cùm ad ſecuritatem hoc ipſi ſufficiat, quod poſſidet, *d. l. 6. §. uti poſſid.* Rerum verò incorporalium ſive ſervitutum poſſeſſio conſiſtit in nudo noſtro uſu, & alterius patientia: eſtque is uſus non rei noſtræ, quam penes nos aut in poteſtate noſtra habemus, ſed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile ſive ſcientibus ſive ignorantibus nobis hic uſus impediri poſſit. Actus mihi conſtitutus eſt in prædio alieno, patiente domino fundi aliquamdiu uſus ſum ſervitute, qui uſus poſſeſsorem me facit, *l. 3. de uſufr. l. ult. de ſerv.* poteſt tamen dominus fundum ſuum occludere, eùm videtur, & hunc mihi uſum ſervitutis impediri. Tignum immiſſum habeo in parietem vicini: ego ſum poſſeſsor, *l. 8. §. 3. §. ſi ſerv. vind.* totum tamen hoc in poteſtate vicini eſt, qui quoties vult, efficere poteſt, ne tignum immiſsum habeam, vel ſciente vel ignorante me, tignum præcidendo, vel diruendo parietem. Hæc autem res cùm faciat, ut effectu nec ſervitutem poſſidere videat, certè non ita poſſidere, ut mihi ſufficiat, quod poſſideam, qui non eo magis ſum ſecurus, ideo merito hæc actio neceſſaria viſa eſt, qua conſequar ſervitute utendi ſecuritatem, *l. 5. §. ult. ſi uſusfr. pet.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio eſt: nam & libertatis rei noſtræ poſseſſio nudi uſus eſt, & in patientia alterius ſive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etſi aliquando præſtitit, poteſt tamen, cùm vult, non præſtare, & nos vel ſcientes vel ignorantes in hac poſseſſione turbare uſurpando ſervitutem. Quia igitur nec hic poſſidenti ad ſecuritatem ſufficit, quod poſſideat, prodita eſt ei actio negatoria, qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei ſuæ aſſerat, hoc effectu, ne in poſterum inquietetur, ut loquitur Ulp. *in d. l. 5. §. ult. ſi uſusfr. pet.* Notandum autem, etſi poſſeſsor juris ultro actionem moveat, lite tamen inſtituta, eum, qui non poſſidet, petitoris partes & onera ſuſtinere, commodo autem poſseſſoris frui, qui eſt in poſseſſione, ut maximè actionem ipſe inſtituerit, *l. 8. §. 3. ſi ſerv. vind.* & ideo fruſtra hìc nobis objici, quod à veteribus conſtanter traditum eſt, non poſse inter litigatores aliter litem expediri, quàm ſi alter petitor, alter poſseſsor ſit, *l. inter. 62. de jud. l. 1. §. 3. uti poſſid. §. 4. inf. de interd.* Ut redeam ad propoſita verba textus, ait Juſtinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non poſſidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controverſiis rerum corporalium proditam non eſse? Hoc nimirum, ut ſi aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari poſſit, non poſſit tamen non poſſidenti. Jam verò in iſtis rebus ſi quis agat, eum ſolum jure agere, qui non poſſidet. Ex quo ſponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, ſed confeſsoriam dumtaxat. Et poteſt etiam revera quiſque hoc per ſe intelligere, poſito eo, quod in rebus corporalibus is ſolùm rectè agat, qui non poſſidet. Etenim ſi dari aliquam in propoſito actionem non poſſidenti volumus, ea non alia eſse poteſt, quàm per quam rem ſuam petat, ac proinde quam & ſuam eſse intendat: nam ſi neget ſuam eſse, in ſe telum torquet: ſi neget eſse adverſarii, nihil hoc ad probationem ejus, quo intendit, rem ſcilicet ſuam eſse. Relinquitur ergo, ut non poſſidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura poſſit, quàm confeſsoria.

Ei verò, qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe] Hæc pars apertè per adverſativam à præcedenti diſtinguitur, tamquam diverſum continens. Quid ergo illud eſt? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controverſiis rerum corporalium eum agere, qui non poſſidet: ex quo ſolo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non poſse: ideo verò non poſse, quia natura rerum non patitur, talem actionem ad rem ſuam petendam non poſſidenti dari. Nunc ei item qui poſſidet, eadem actionem dettahi, ſed ita loquitur, ut non obſcurè indicet, eſse id ex alia cauſa, quàm ea, ob quam qui non poſſidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obſtare, quominus poſſidenti detur actio adverſus turbatorem, qua neget rem ejus eſse, & ſic quieſcere eum per judicem jubeat, quomodo agi-

agitur interdicto, *l. 1. §. 4. & 6. uti poſſid.* ſed tamen poſſeſſorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non ſit prodita. Cur autem prodita non ſit, jam ante explicatum eſt. An ergo dabitur confeſſoria? minimè. Neque hoc ex eo, quod poſſidenti tantùm detrahit negatoriam, contra mentem Juſtiniani colligendum eſt, cui ſolùm propoſitum, probare, negatoriæ actionis in controverſiis de re corporali nullum eſſe uſum. Ex his jam ſatis patere arbitror, cauſam nullam eſſe, cur quæ certo hic ſcripta ſunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus à conſtanti librorum omnium lectione. Theoph. in *paraphraſi* ſic locum Græcè reddidit, *τῷ γὰρ νεμομένῳ οὐ δίδοται in rem*. An ideo, quia paraphraſtes verba illa, *per quam neget rem actoris eſſe*, non expreſſit, ſed ſimpliciter & generaliter ſcripſit, actionem in rem ei, qui poſſidet, proditam non eſſe prorſus locus hic mutilandus, & verba iſta detrahenda ſunt? Nam etſi non detrahas, recta tamen & vera eſt loci ſententia, licet, ſi demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus ſuſpecta eſt, locum cenſet reſtituendum hoc modo: *Ei verò, qui non poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem alterius eſſe*, aut forte *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem exiſtimo, neceſſitate: nam & particulæ adverſativæ *verò* ſua vis conſtat retenta lectione communi, ut paulo ante demonſtravimus, & verum eſt, actionem negativam poſſidenti non eſſe proditam, cùm ſit nulla, teſte Ulp. *l. 1. §. 6. uti poſſ.* Ipſe Hotomannus dum colorem inſerendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Juſtiniano culpaverat, mox laudat, ut præclarè dictum ab Ulpiano. Fruſtra autem pro voce *actoris* ſubſtituas *alterius* vel *auctoris*: cùm ex verbis Juſtiniani præcedentibus & antitheſi, qua actorem opponit ei, qui poſſidet, perſpicuum ſit, actoris verbo hìc intelligi eum, qui non poſſidet; non qui nunc actor ſit, ſed qui, ſi hoc caſu ageretur, actor eſſe deberet. Sic ergo adſtructa hujus loci lectione & ſententia, videamus, an rectè & legibus argumentandi convenienter hìc diſputet Juſtinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controverſia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non poſſidet, aut ab eo qui poſſidet: Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: ergo in totum in his controverſiis locum non habet.* Bene, ſi quid umquam. Probatio enim eſt ab enumeratione partium, quarum à ſingulis in aſſumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod propoſuerat, firmum & ſatis eſt. Quamobrem mirari ſatis non poſſum, D. Hotomannum, qui ſcribit, ſæpe ſe tenta{ſ}ſe, alioſque etiam artifices ſe peritiores adhibuiſſe, quo hanc Juſtiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera ſententia eliceretur; ſed non profeciſſe hilum. Sic enim ille omnino exiſtimat, in priore parte aſſumptionis Juſtinianex, quæ hæc eſt, *nam in his agit, qui non poſſidet*, ſubaudiendum, *negatoria verò ſemper poſſeſſori datur*. Ut ſit hæc collectio; *Negatoria ſemper datur poſſeſſori; In controverſiis rerum corporalium ſemper agit is, qui non poſſidet. Quare in iſtis controverſiis non eſt prodita actio negatoria.* Fatemur hujus ſyllogiſmi propoſitionem falſam eſſe: ſed negamus, Juſtinianum ſic argumentari, aut in argumentatione ejus ſubaudiendum, quod Hotomannus exiſtimat: rectam enim eſſe ſine illo, abunde probavimus.

Sanè uno caſu.] Fruſtra ſunt omnes, qui unum hunc caſum aut ahuc quærunt, aut ſe inveniſſe putant: neque exiſtimo, Juſtinianum ad quærendum unum caſum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluiſſe ad latiſſima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Vveſemb. legendum hoc loco arbitrarer, *Sanè non uno caſu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut ſi poſſeſſor fiducia cauſæ ſuæ ultro onus probandi in ſe ſuſceperit, *l. circa eum. 14. l. in exceptionibus. 19. de probat.* & ſi qui ſunt ſimiles. Quod etiam verbis Juſtiniani convenientius eſt: quippe qui non ait, poſſeſſorem rei corporalis aliquo caſu agere aut actorem eſſe, ſed partes actoris, id eſt, onus probandi ſuſtinere. Id verò non uno caſu, ſed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibuſdam exemplaribus legi, teſtis eſt Æmilius Ferretus. Alii *Sanè hoc uno caſu, ἐν ἑνὶ δὴ μόνῳ θέματι*. Theoph. VINN. Et hæc poſtrema lectio, ſi qua ulla, vera mihi videtur. Quis enim crediderit, Tribonianum tam ineptè adfectare voluiſſe brevitatem, ut multis verbis lectorem ad latiora digeſtorum volumina remittere, quam caſum illum uno verbo indicare maluerit? Scripſit itaque procul dubio, unum eſſe hunc caſum, quo is agat, qui poſſidet: quum alioquin ordinarie in judiciis petitoriis, poſſeſſor rei vices ſuſtineat. HEIN. 9

TEXTUS.

De actionibus Prætoriis realibus.

3. *Sed iſtæ quidem actiones, quarum mentionem habuimus, & ſi quæ ſunt ſimiles, ex legitimis & civilibus cauſis deſcendunt. Alia autem ſunt, quas prætor ex ſua juriſdictione comparatas habet tam in rem, quam in perſonam: quos & ipſas neceſſarium eſt exemplis oſtendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe, quod non uſuceperit: vel ex diverſa poſſeſſor dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe, quod uſuceperit.*

COMMENTARIUS.

1 *Diviſionem hic propoſitam æquè principalem eſſe ac ſuperiorem: & unde ſumpta?*

2 Le-

2 *Legitimum quid propriè, & quid latius in uſu juris?*
3 *Prudentum non fuiſſe, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, eſſe prætorias.*

1 INſinuatur hìc alia actionum diviſio ſumpta à cauſis efficientibus remotis, jure civili ſcilicet, & jure prætorio: quæ æquè principalis eſt, atque ſuperior illa à cauſis proximis: nam omnes omnino actiones, ſive in rem ſint, ſive in perſonam, aut civiles ſunt, aut prætoriæ, quæ paſſim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum. 25. §. ult. de obl. & act.* Ad eumdem modum atque ex iiſdem cauſis dividuntur obligationes *ſup. tit. de obl. §. 1.* quæ diviſio in illo tractatu, non ut hìc, ſecundo, ſed primo loco proponitur, & demum poſt eam altera à cauſis efficientibus proximis. Quippe in hujuſmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

Iſtæ actiones, quarum mentionem habuimus] Palam eſt, Juſtinianum his verbis non intelligere genera ipſa actionum, quæ ante nominavit, ſed certas ſpecies horum generum antea expreſſas, videl. vindicationem rei corporalis, & de ſervitutibus confeſſoriam & negatoriam. Actionum in perſonam ſpeciem nullam expreſſit: itaque nec his verbis illarum aliqua ſignificatur, ſed contineri poſſunt iis, quæ proximè ſequuntur.

Et ſi quæ ſunt ſimiles] Similes ſunt ex actionibus in rem, petitio hæreditaris, *l. 1. 2. 3. de hær. pet.* confeſſoria & negatoria de ſervitutibus aliis, quàm quas ſupra commemoravit: ex actionibus in perſonam illæ, quæ eamdem originem & cauſam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure conſtitutis aut approbatis; quæ cùm innumeræ ſint, ſupervacuum putavit, aliquas exempli cauſa proponere.

2 *Ex legitimis & civilibus cauſis*] Legitimum propriè dicitur, quod eſt ex lege, id eſt, ea parte juris, quæ propriè lex appellatur in diviſione juris civilis, *§. lex eſt. 4. ſup. de jur. nat. gent.* Sed in uſu juris latius accipi ſolet, ut eo nomine etiam id ſignificetur, quod eſt ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiſcitis, Senatuſconſultis, conſtitutionibus Principum, *l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro ſoc. l. 14. §. ult. de præſcr. verb. l. 25. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, quæ ex iſtis cauſis deſcendunt, omnes ſunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluiſſe videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum cauſæ eædem, quæ & obligationum contractus ſcilicet juris gentium omnes, & quaſi contractus, de quibus egit ſupra in argumento obligationum, *arg. §. 1. de oblig.* Conſulto inter cauſas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ
ſunt, aut dari poruerunt. Neque enim pruden- 3
tum fuit actionem conſtituere, ſed an data eſſet lege, interpretari, & eam, quæ data erat, oſtendere, *l. 2. §. deinde. 6. & §. ita civitate. 12. de orig. jur.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta eſt, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum conſtitutionem, ſed ex actionibus conſtitutis agendi formulam continebat, ut apertè declarat Pompon. *d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuiſſe auctoritatem prudentum, ut ipſi etiam ex cauſa aliqua actionem dare & conſtituere potuerint.

Ex ſua juriſdictione] Id eſt, ex ſuo edicto, ut paſſim alibi juriſdictio pro edicto, *l. 1. §. pen. de poſtul. l. 7. de juriſd. & ſimil.* Nam edictum pars erat juriſdictionis prætoriæ, *l. 2. §. eod. 10.*
de orig. jur. Enimverò non eſt argumentum 4
actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto ſuo, *actionem dabo*. Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo ſit actio commodati, *l. 1. commod.* ſed eæ dumtaxat prætoriæ ſunt, quas ipſi prætores ex juriſdictione ſua introduxerunt: quod ab iis æquitate poſtulante ut plurimum factum eſt, cùm actiones civiles deficerent.

Neceſſarium eſt exemplis oſtendere] Neceſſarium non abſolutè, ſed cum adjuncto, ſi velimus id, quod dictum eſt, rectè intelligere. Quamquam autem longè plures ſunt actionum prætoriarum ſpecies, quàm quæ à Juſtiniano poſtea proferuntur: tamen ad rem, quam propoſuit, declarandam, omnes recenſere non exiſtimavit neceſſarium.

Ut ecce] Indicantur hic prætoriarum in rem actionum ſpecies duæ, *Publiciana*, & *reſciſſoria*, quæ poſtea latius & ſeparatim ſuis ſingulæ paragraphis explicantur, *§. 4. & 5.*

Actor dicat, ſe quaſi uſucepiſſe] Hæc intentio eſt Publicianæ: illud, quod ſequitur, *vel dicat, adverſarium ſuum non uſucepiſſe*, pertinet ad reſciſſoriam. Illic fingitur dominium quæſitum, quod revera quæſitum non eſt: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis eſt amiſſum.

Ex diverſo poſſeſſor dicat] Verbum *poſſeſſor* expungendum videtur: nam poſſeſſori numquam ultro actio datur; & conſtat, de actore in utroque exemplo hic agi: niſi poſſeſſorem interpretemur, non qui nunc poſſidet, ſed qui olim poſſeſſor fuit. Utique id malim, quàm cum Ruſsard. Cujac. Horom. pro *poſſeſſor, dicat adverſarium ſuum*, &c. legere *poſſeſſorem dicat adverſarium ſuum non uſucepiſſe*, id eſt, dicat, poſſeſſorem eumdemque adverſarium ſuum non uſucepiſſe. Quis enim ferre poſſet in oratione proſa tam ineptè affectatam trajectionem verborum tamque duram & inconcinnam constructionem? VINN. Vocabulum *poſſeſſor* non planè expunxerim, quia id & Theophilus habet, ſed eo ſenſu: *vel è diverſo cum aliquo, qui rem*

Digitized by Google

meam uſucepit ac poſſidet, agere poſſum, ac docere. Patet itaque eum non legiſſe *poſſeſſor*, ſed fortaſſis hoc modo: *Vel ex diverſo dicat, poſſeſſorem, adverſarium ſuum, non uſucepiſſe, &c.* Hein.

Textus.

De Publiciana.

4. *Namque ſi cui ex juſta cauſa res aliqua tradita fuerit (veluti ex cauſa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus eſt; ſi is ejus rei poſſeſſionem caſu amiſerit, nullam habet in rem directam actionem ad eam perſequendam: quippe ita prodita ſunt jure civili actiones, ut quis dominium ſuum vindicet. Sed quia ſanè durum erat, eo caſu deficere actionem, inventa eſt à prætore actio, in qua dicit is, qui poſſeſſionem amiſit, eam rem ſe uſucepiſſe, quam uſu non cepit, & ita vindicat ſuam eſſe. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætore in edicto propoſita eſt.*

Notæ.

4. *Necdum dominus effectus*] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum uſucepit. Nam ſi res uſucapta ſit, actio honoraria ei neceſſaria non eſt, cùm habeat civilem, *d. l. 1. §. 1.* quamquam ſi nihilominus honoraria agere ſub qualitate bon. fid. poſſeſſoris malit, hoc ei permittendum. Mynſ. *num. 28.*

Directam actionem] Id eſt, quæ jure civili prodita ſit: nam jure civili in rem actio ſoli domino competit, *l. 23. de rei vindic.*

Durum erat] Iniquum prætori viſum, extraneum quemlibet vel injuſtum poſſeſſorem potiorem eſſe eo, qui rem ex juſta cauſa & bona fide nactus, ejus poſſeſſionem caſu amiſiſſet. Dixi *extraneum*, quia juſti dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

Commentarius.

1 *Juſta cauſa quæ hic accipienda?*
2 *Cur ut Publiciana competat, neceſſe ſit rem traditam eſſe: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit?*
3 *An & de rebus incorporalibus? Ubi & de bona fide, &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari poſſit?*
5 *Cur requiratur, ut amiſſa ſit poſſeſſio, & amiſſa caſu?*
6 *Cauſa hujus actionis introducendæ.*
7 *Quæ ſit & qualis in hac actione petitoris intentio?*
8 *Adverſus quem detur? quid ei obſtet? tum quis ejus exitus?*

Proponitur hic actio in rem Publiciana, ſic dicta à prætore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic in extremo teſtatur Juſtinianus. Porro hæc diſtinctè de hac actione complectitur; qua ex cauſa cui competat; quo jure introducta; & quæ cauſa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adverſus quem competat, quod præcipuè notandum erat, hic prætermiſſum eſt: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua] Nempe aliena, ut eſt in edicto, *l. 1. h. t. de Publ. in rem act.* Hic autem illud addi neceſſe non fuit, quia poſtea ſatis indicatur illis verbis, *& necdum ejus rei dominus effectus eſt*. Quod non aliter contingit, quàm ſi is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione ſtatim dominus efficeretur, qui accipit, *§. per traditionem. 40. ſup. de rerum diviſ.*

Ex juſta cauſa] Juſtam cauſam accipimus eam, 1
ex qua re à vero domino tradita ſtatim dominium in accipientem transferet, *l. 13. eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod ſequitur in edicto, *& nondum uſucaptum petet*, *d. l. 1. eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea cauſa ſit, ut uſucapi poſſit: non poteſt autem res uſucapi, niſi tradita ſit ex iis cauſis, ex quibus dominium transferretur, ſi dominus eſſet, qui tradit, *ſup. de uſucap. in pr.* Cauſæ pluribus indicantur *d. l. 1. §. ult. & aliquot ll. ſeqq.* Hic tantùm exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his cauſis præcedente ceſſabit Publiciana. Sed quid ſi juſto errore facti cauſa ſubeſſe putetur, quæ non ſit, veluti ſi quis emerit à furioſo, quem ſanæ mentis putabat? Probarem diſtinctionem Accurſii in *l. 7. §. 2. h. t.* ut ex hujuſmodi emptione contra furioſum quidem ipſum eumdemque venditorem Publiciana non detur, per *l. 2. §. ſi à furioſo. 16. pro empt.* detur tamen contra extraneum, *d. l. 7. §. 2.*

Tradita fuerit] Ut Publiciana competat, exi- 2
gitur ut res tradita ſit, *d. l. 1. d. l. 7. §. pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet: quoniam antequam res tradita eſt, nemo ſe dominum factum prætendere poteſt: cùm non nudis conventionibus, ſed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus. 20. C. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantùm ſpecies pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut poſſeſſionis apprehenſione opus eſt. Nam quibus ex cauſis dominium adipiſcimur, etiam antequam poſſeſſionem nacti ſumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut diſertè reſponſum eſt de eo, cui ex Trebelliano reſtituta eſt hæreditas, *l. 12. §. 1. hoc tit.* item de domino, cujus ſervus, cùm in fuga eſſet, rem à non domino emit, *l. ſi ſervus. 15. eod.* quibus caſibus cùm uſucapio procedere non poſſit, *l. fin. 25. de uſucap.* apparet, prætenſionem dominii per uſu-

Digitized by Google

uſucapionem quæſiti non eſſe hujus actionis requiſitum eſſentiale: ac proinde non eſſe perpetuum, quod quidam tradunt., Publiciana neminem agere poſſe, niſi qui ſit in conditione uſucapiendi, licet ſecus exiſtimet D. Bachov. *diſputat. 3. de act. theſ.* 18. Sed & hoc falſum eſſe exiſtimo, quod unquam petitur hanc actionem inſtituens expreſſè intendat aut prætendat
3 ſe uſucepiſſe. De quo pluſcula inferius. Porro & de uſufructu & de ſervitutibus per traditionem conſtitutis Publiciana datur, *l.* 11. §. 1. *hoc tit.* In his autem pro traditione eſt uſus ejus rei & ſervitutem conſtituentis patientia, *l. ult. de ſerv.* Planè, ſi quæ res ſit, cujus alienatio aut uſucapio jure eſt prohibita, de ea, nec hic ex juſta cauſa tradita ſit, Publiciana competit, *l. 9. §. pen. d. l.* 12. §. 4. *eod.* Etenim ſi tantùm ideo res uſucapi non poteſt, quia non poſſidetur adverſus dominum, ut accidit in prædiis, vectigalibus & ſuperficiariis, poteſt huic actioni eſſe locus, *d. l.* 2. §. 2. & 3. Quid enim impedit, quominus poſſeſſor rei emphyteuticæ aut ſuperficiei uſucapiat adverſus eum, qui tale jus conſtitutum habet? Azo *in ſumm ad hunc tit. n.* 15. Illud etiam, quamquam hìc omiſſum eſt, exigitur, ut res accepta ſit bona fide, id eſt, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominum eſſe, aut jura transferendi habere, *l. bonæ.* 109. *de verb. ſign.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, ſicut & in uſucapione, *l. 7. & §. pen. & ult. hoc tit. l. 2. pro empt.* de quo explicatum *ſup. de uſuc. in pr.* Mynſing. *hic num* 25. Schneid. *num.* 41.

4 *Nec dum ejus rei dominus effectus*] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum uſucepit, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* ubi Ulp. ait, ſi res uſucapta ſit, actorem habere actionem civilem, nec deſiderare honorariam. Quid ergo, ſi domus, cùm difficilis eſſet, ut fere ſolet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quàm rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique ſub qualitate bonæ fidei poſſeſſoris, cum Mynſ. *n.* 28. Oldendorp *claſſ. 3. action.* 3. Sed & ex quo uſus fori cumulationem actionum admiſit, eodem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quaſi dominii poſſe, rectè defenditur; cum hæ actiones affines magis ſint aut diverſæ, quàm contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præſumptivè dominus eſt, & falſum eſſe, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili conſultum eſt, oſtendunt bonorum poſſeſſiones unde liberi, contra & ſecundum tabulas. Bellè Bachov. *diſp.* 3. *de act. theſ.* 17. Gomez. Mynſing. & Schneid *hic.* Gail. *obſ.* 62. *num.* 5.

5 *Poſſeſſionem caſu amiſerit*] Et amiſſam poſſeſſionem eſſe oportet, quoniam in rem actio numquam ultro poſſidenti datur: quippe cui ſufficit, quod poſſideat, *l. 1. §. penult. uti poſſid.* & amiſſam caſu: nam qui facto & voluntate ſua poſſeſſionem amiſit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta ſunt, intelligi poteſt, qui ex cauſa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex juſta cauſa ſibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus poſſeſſionem caſu amiſit.

Nullam in rem directam] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita eſt, ut apparet ex ratione ſubjecta, & oppoſitione Publicianæ, quæ inventa eſt à prætore. Quod non eſt novum: nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles ſunt, licet earum inter ſe oppoſitarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propoſitæ, aut per interpretationem & extenſionem edicti introductæ. De quo pluribus diſſerui ſub §. *ult. ſup. de leg. Aquil.*

Dominum ejus eo caſu deficere actionem] Introducendæ hujus actionis cauſa fuit difficultas probandi dominii. 6
Quippe quod non ſtatim tranſit in eum, qui rem, licet ex juſta cauſa ſibi traditam, accepit, niſi & is, qui tradidit, dominus fuit, quod perquam difficile probatu eſt: & tamen eo non probato, neceſſe eſt petitorem civili in rem actione experientem ſuccumbere. Cum itaque prætori iniquum videretur, quemvis vel injuſtum poſſeſſorem potiorem eſſe eo, qui rem ex juſta cauſa & bona fide nactus, ejus poſſeſſionem caſu aliquo amiſiſſet; ipſe ex humanitate actionem introduxit, quia in hoc caſu ſub colore quodam dominii vinceret is, cui juſta rei poſſeſſio ſemel quæſita eſſet, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta ſit, & quæ ejus introducendæ fuerit cauſa.

Eam rem ſe uſucepiſſe] Hic indicatur, quid 7
petitor hac actione intendat, nimirum ſe rem, quam petit, uſucepiſſe. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda eſt, ſed ad effectum & ſententiam verborum: quoniam ſic agitur, quaſi actor uſucepiſſet. Nimirum non dicet actor expreſſè, ſe uſucepiſſe, quod falſum eſt, & conſtitutioni hujus actionis contrarium: ſed quod ad omnem actionem rectè inſtituendam pertinet, cauſam actionis intentione ſua complectetur. Dicet, ſe rem, de qua agitur, bona fide emiſſe à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepiſſe; petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipſa intendere videtur, ſe uſucepiſſe, quin idem petit, & jure prætorio conſequitur, quod peteret & conſequeretur jure civili, ſi rem uſucepiſſet. In cauſis, ex quibus, & qui poſſeſſionem nondum nactus eſt, Publiciana agere poteſt, dicit actor, rem ſibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuiſſe, quam aut ipſe crevit, aut reſtitutam ſibi ex Senatuſconſulto obtinet, *l.* 12. § 1. *l.* 15. *hoc titul.* Quibus caſibus cùm Publicianæ locus ſit uſucapione non inchoata, dominium quaſi uſucapione quæſitum fingi aut prætendi non poteſt. Vinn. Fictio

Digitized by Google

illa eſt prætoris, non actoris. Quia enim prætor directè leges evertere non poterat, leges autem non niſi vero domino vindicationem concedunt: uſus eſt arte ſua ſolemni, & finxit hunc uſucepiſſe, quum non uſuceperit. Vid. *Antiq. noſtr. Rom. Lib. 1. tit. 2. §. 24. edit. nov.* Neque iniqua erat hæc fictio, quia non fingebat prætor, eum jus domini veri uſucapione excluſiſſe, ſed tantum ratione tertii; nullo, vel infirmiore jure poſſidentis actorem in ea cauſſa eſſe, quaſi uſuceperit, quia ſi hic poſſeſſor objiceret exceptionem non competentis dominii, ea fuiſſet exceptio de jure tertii. HEIN. Reſtat, ut videa-
8 mus, quod hic omiſſum eſt, adverſus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adverſus poſſeſſorem: ſed ita, niſi is poſſeſſor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adverſus eum, qui poſſidet juſto titulo. In quo tamen hæc diſtinctio placuit, ut ſi duo rem emerint, ſiquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita eſt; utpote in quem prius translatum eſt jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit: ſin à diverſis non dominis, melior ſit cauſa poſſidentis, & juncta titulo poſſeſſio fortior ducenda titulo nudo, *l. 9. §. ſi duobus. 4. hoc tit.* Quod ſi neuter poſſideat, & agatur contra tertium poſſeſſorem injuſtum, tuendus ſit is, cui primum res tradita, ſive ab eodem non domino emerit, ſive ab alio atque alio: quæ ſpecies eſt, quam tractat Neratius *l. ſi ea. 31. §. ultim. de action. empt.* ut rectè cenſent vulgo DD. Oldend. *d. claſſ. 3. action. 3.* Schneid. *ad §. præc. num. 28. & ſeq.* latè & ſubtilius Bachov. *diſput. 3. de act. theſib. 21. & 22.* De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede poſſidet. Deciſio quæſtionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede poſſidet, uſucapere poſſit, nec ne: qua de re diſputavimus ſub §. *diutina. 7. ſup. de uſuc.* In univerſum autem juſti dominii exceptio merito Publicianæ obſtat. Quoniam ſemper plus juris in re ſua habet dominus, quàm quilibet, quamtumvis juſtiſſimus poſſeſſor, qui dominus non ſit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vindicanti domino obſunt, quominus poſſeſſor ei rem reſtituere debeat, eadem & poſſidenti ac Publiciana convento obſtabunt, quominus retineat, *l. ſi à Titio. 72. de rei vind. l. ſi quis. 24. de exc. rei jud.* add. D. Donell. *hic. num. 15.* Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præſtationem, cujuſmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo ſcripſimus ad §. 1. *ſup.*

TEXTUS.

De reſciſſoria.

§. 5. *Rurſus ex diverſo, ſi quis cùm reipublicæ cauſa abeſſet, vel in hoſtium poteſtate eſſet, rem ejus, qui in civitate eſſet, uſuceperit, permittitur domino, ſi poſſeſſor reipublicæ cauſa abeſſe deſierit, tunc intra annum reſciſſa uſucapione eam rem petere, id eſt, ita petere, ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe, & ob id ſuam rem eſſe. Quod genus actionis quibuſdam & aliis ſimili æquitate motus prætor accommodat, ſicut ex latiore Digeſtorum ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem, quæ hic proponitur, & reſciſſoria in ſpecie dicitur, eſſe Publicianæ quodammodo contrariam.*
2 *Quibus ex cauſis hæc actio à prætore detur? ejuſque introducendæ cauſa.*
3 *Reſtitutio adverſus eum, qui abſens uſucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4 *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præſcriptio non currit?*
5 *Commentum eſſe quod de duplici judicio reſcindente & reſciſſorio interpp. tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.*
6 *Actoris in actione reſciſſoria intentio.*
5 *Reſtitutio adverſus eum, qui præſens rem abſentis uſucepit.*
8 *An ex ſola cauſa ignorantiæ reſtitutio danda adverſus uſucapionem?*

HOc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in uſu juris noſtri ſpecialiter reſciſ- 1
ſoria appellatur, *l. nec non. 28. §. ult. ex quib. cauſ. maj. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vind. l. ab hoſtibus. 18. C. de poſtl. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam reſcinditur, quod jure civili ratum eſt, *l. in honorariis. 35. in fin. pr. de obl. & act.* Hæc actio ſuperiori quodammodo contraria eſt: nam actione Publiciana agitur de re non uſucapta, quam actor in effectu contendit uſucaptam. Hic è converſo de re uſucapta, quam actor non uſucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquiſivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus eſt jure civili. Pertinet huc edictum de reſtitutione majorum 25 annis, quod extat in *l. 1. quibus ex cauſ. maj.* qua parte ſcilicet prætor eos, quorum res uſucapta eſt, certis ex cauſis in integrum ſe reſtituturum pollicetur. VINN. Rectè hæc notat Vinnius. Verè enim unus idemque utriuſque actionis auctor eſt, puta Publicius. Unde non ſolum ejuſdem naturæ ſunt propter fictionem: ſed & reſciſſoria dilertè dicitur *Publiciana. l. 35 ff. de O. & A. & l. 57. ff. mandat.* Publicium Ciceroni fuiſſe *σύγχρονον* plerique colligunt ex ejus *Orat. pro Clument. cap. 45.* ubi meminit Q. Publicii Prætoris. Sed mihi actio reſciſſoria antiquior videtur ob locum inſignem Terent. *Phorm. Act. 2, Scen. 4. v. 9.* ubi Cratinus Advocatus: *Quod* TE ABSENTE *hic filius egit, reſtitui in integrum,*

æquum

Digitized by Google

æquum eſt & bonum, & id impetrabis. Dixi. Verè enim loquitur de actione reſciſſoria, quamvis eam male tamquam rabula applicet. *Hotm.* 2 Cauſas duas edicto expreſſit, clauſula edicti prima abſentiam neceſſariam ejus, cujus res uſucapta eſt; ſecunda abſentiam qualemcumque ejus, qui uſucepit. Poſtremo adjecit clauſulam generalem, qua idem promittit quavis ex cauſa, quæ ipſi juſta videbitur. Itaque duobus potiſſimum caſibus majoribus contra uſucapionem ſuccurrit data actione reſciſſoria; ſi res abſentis uſucapta ſit ab eo, qui in civitate manſit; ſi res in civitate manentis uſucapta ſit ab eo, qui abſuit. Quod poſterius hìc tantùm tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior uſus & major utilitas, cognitio ex latiore Digeſtorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc cauſam prætor habuit, quod iniquum ei viſum fuit, aut neceſſariam juſtamve abſentiam nocere abſenti, aut qualemcumque alterius abſentiam nocere alteri, *l. item ait. 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hìc aut intacta aut minus perſpicua, indicata diſces mox ex Commentario.

3 *Cùm Reipubl. cauſa abeſſet*] De eo, qui abſens uſucepit, ita loquitur Juſtinianus, quaſi eum oporteat neceſſaria aliqua aut probabili de cauſa abfuiſſe: quod tamen ſecus eſſe, diſcimus ex edicto, cujus in ſecunda clauſula, quæ hunc caſum continet, prætor non diſtinguit, qua ex cauſa quis abfuerit, neceſſariane aut probabili, an planè voluntariè. Quod & diſertè Ulp. notavit *l. item ait. 21. §. 1. h. t. ex quib. cauſ. maj.* Et verò ſi ne juſtiſſima quidem abſentia prodeſt abſenti ad uſucapionem retinendam, abſurdum ſit, ei prodeſſe abſentiam planè voluntariam, malitioſam puta aut animi cauſa ſuſceptam. Illud obſervandum eſt, tum demum ex hac parte edicti reſtitutionem dari, ſi defenſor abſentis non extitit: nam ſi procurator fuit, aut amicus, qui ſe ultro defenſioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius ne aliter quidem edicto in caſu propoſito locum eſſe, quàm ſi aut amici abſentis de defendendo eo interroganti defenſionem non ſuſpiciant, aut nemo ſit, qui interrogari poteſt, *d. l. item ait. 21. §. pen. & l. ſeq. eod.* Noviſſimè autem à Juſtiniano cautum, ut licet defenſor abſentis nullus exiſtat, tamen integrum ſit præſenti uſucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia ſua apud eum conteſtata, *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti reſtitutio dari deſiit.

In hoſtium poteſtate] Ut hìc procedat uſucapio, ponendi termini habiles, nempe ſi ſervus aut filius ejus, qui captus eſt, rem ex cauſa peculiari teneant: hoc enim caſu domini aut patris captivitas impedimento non eſt, quominus ea res uſu acquiratur, *l. ait prætor. 23. §. 3. hoc tit. l. juſto. 44. §. ult. de uſuc.* Cæterum extra hanc cauſam captivus per ſervum aut filium poſſeſſionem acquirere non poteſt, ac proinde nec uſucapere: ſed poſſeſſio: atque uſucapio inchoata captivitate interrumpitur in tantum, ut nec poſtliminio reſtituatur, *l. denique. 19. hoc titul. l. ſi is. 15. in pr. de uſucap.*

Uſuceperit] Poteſt igitur & abſens uſucapere rem præſentis, & ejus quidem, qui contra abſentem agere non potuit, *l. item ait. 21. §. 1. & deinceps. l. ſeq. hoc t.* Alioqui vulgo traditur, 4 contra eum, qui agere non poteſt, præſcriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus. 30. verſ. omnis. C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Reſpondent interpretes, diſtinguendum eſſe inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præſcriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus. 30. C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præſcr. 30. ann.* Facti verò, quale eſt, quod hìc objicitur, non item. Itaque opus eſſe reſtitutione, & rectè: quippe rationi conſentaneum eſt, ut ubi jus ipſum impedimentum agendi objicit, ibi quoque ſiſtatur curſus uſucapionis ipſo jure: at ſingulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non poteſt.

Permittitur domino] Veteri ſcilicet, cujus res jure civili uſucapta eſt. Hunc dominum vocat, vel reſpectu præteriti temporis, vel potius quia à prætore reſcindente uſucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum reſciſſa uſucapione] Actio hæc, licet rei perſecutoria ſit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis. 35. in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc titul. l. ab hoſtibus. 18. C. de poſtl. rev.* pro quo tamen Juſtinianus ſubſtituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Quod autem ait, 5 permitti domino reſciſſa uſucapione rem petere, & Paulus *d. l. 53.* hanc actionem dari reſciſſa uſucapione, id non ſic intelligendum eſt, quaſi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor reſcindat uſucapionem, ac tum demum hanc actionem det, qua petatur res reſtitui. Sed ideo hoc dicitur, quia prætor, dum hanc actionem concedit, ſimul vi ipſa uſucapionem reſcindit: quoniam permittit veteri domino ſic agere, ut petat rem ſibi à poſſeſſore reſtitui, perinde ac ſi nulla uſucapio interveniſſet, *l. 1. §. 1. l. ſed etſi. 26. §. ſi feriæ. 7. l. nec non. 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eodem. l. nullo. 24 C. de rei vindic.* Quibus ex locis manifeſtè apparet, reſciſſionem uſucapionis in ipſa datione actionis conſiſtere, prætoremque dici reſtituere, cùm actionem reſciſſoriam petenti concedit: ac proinde uno ſimplicique judicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. cauſ. l. 1. §. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minut. l. 1. de alien. jud. mut. cauſ. l. ult. §. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomez. *hic. n. 8. & ult.* odoratus eſt: ſed explicare non potuit, aut ſolidè confutare communem

Digitized by Google

DD. opinionem, ſecundum quam duplex judicium hic neceſſarium, unum reſcindens, alterum reſciſſorium: ac proinde & duplex libellus, duplex litis conteſtatio, & duplex pronuntiatio, decretum ſcilicet magiſtratus, quo reſcindatur uſucapio, & ſententia judicis, qua res reſtitui jubeatur. Pet. de Bellapert. Jo. Fab. Jaſ. Zaſ. Mynſ. Schneid. *hic.* Odd. *de reſtit. q. 33. art.* 1. Maurit. *de reſtit. c.* 4. Quæ opinio erronea eſt, & à ratione juris noſtri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perſpicuè patet: in foro tamen recepta, ut ſic utrumque remedium cumulari, id eſt, eadem utrumque opera peti & obtineri ſoleat, Odd. *part.* 1. *q.* 33. *art.* 5. Mynſ. 2. *obſ.* 25. Oldend. *claſſ.* 6. *action.* 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit: ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat ſpecies quædam duplicis judicii, dum quædam apud prætorem ſeu magiſtratum tractabantur, quædam apud judices datos. Cæteroquin revera unum tantùm erat judicium: ideoque unus tantùm libellus, una litis conteſtatio, una ſententia deſiderabatur. Nempe apud prætorem non inſtituebatur judicium, ſed à prætore conſtituebatur, data actione & judice, qui de re cognoſceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, ſed in jure: de quo fuſius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error ſecum traxit & alium de duplici tempore: uno, intra quod utendum ſit remedio reſcindenti: altero, intra quod petenda & inſtituenda actio reſciſſoria. Illud volunt intentari poſſe intra quadriennium continuum; hanc finiri anno utili. Donellus vult, perpetuam eſſe. Sed ut una & ſimplex hìc eſt actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & inſtitui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum computandum à tempore, quo abſens reverſus eſt. Illud ſingulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni conſtitutum eſt, *l. ult. hoc tit.* junct. *l. ult.* §. *ult. C. de temp. in integr. reſtit.*

6 *Ut dicat, poſſeſſorem uſu non cepiſſe*] His verbis ſignificatur actoris in hac actione intentio. Ut autem in actione præcedenti, ita hìc quoque intentio non ad verba, ſed ad vim effectumque verborum exigenda eſt, quoniam ſic agitur, ut effectu res uſucapta non videatur. Puta, non dicet petitor, poſſeſſorem rem, quæ petitur, uſu non cepiſſe: quod & apertè falſum eſt, & perinde quaſi negaret, adverſarium dominum eſſe: cujuſmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non ſunt, §. 2. *ſup. eod.* ſed cauſam exprimet, ex qua actio ei jure conſtituta ſit: dicet, adverſarium abſentem rem uſucepiſſe, cùm ipſe interea ejus nomine agere vellet, & uſucapionem interrumpere non potuerit: itaque petere ſe, ut ſibi reſtituatur. Prætorem quoque veriſimile eſt verba edicti ſecutum hoc modo judicium concepiſſe: *Si paret, eam rem, qua de agitur, à poſſeſſore abſente per ſtatutum tempus poſſeſſam eſſe, cùm interea petitor ejus nomine agere cùm eo vellet, non potuerit, tum ſi ea res petitori non reſtituetur, poſſeſſor damnetur.*

Quibuſdam & aliis] Veluti abſenti, cujus res uſucapta ſit ab eo, qui in civitate manſit: quæ cauſa reſtitutionis prima parte edicti expreſſa eſt: & ſola nunc etiam utilis, cùm ex cauſa ſuperiore jure novo reſtitutio non detur, *l. 2. C. de annal. exc.* Non omnibus verò abſentibus hac parte ſuccurritur, ſed iis duntaxat, quorum abſentia aut neceſſaria fuit, *l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum ſeqq. l. reipub. 36. l. non vere. 42. hoc tit.* aut voluntaria quidem, ſed juſta & probabilis, qualis eſt ſtudiorum cauſa, & ſimiles. Hoc ex generali & poſtrema edicti clauſula, *l. ſed & ſi 26. §. pen. & ult. cum duabus ll. ſeqq.* Illud tamen inter hæc intereſt, quod in neceſſaria & repentina abſentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævia abſenti non ſuccurritur, niſi procuratorem reliquerit, iſque procurator non egerit, aut interim defunctus ſit, *d. l. 26. §. ult. l. nec non. 28. in pr. eodem.* Quippe priore caſu nihil eſt quod abſentibus imputetur: poſteriore objici ei poteſt, quod de rebus ſuis componendis ante diſceſſum potuerint & debuerint cogitare, *d. l.* 26. §. 1. Hoc eodem edicto ſuccurritur & creditoribus, qui actionem ex his cauſis amiſerunt, *d. l. 1. §. 1. Julian. 17. §. 1. l. ſi quis. 41. eod.* ſed hoc caſu actio reſtitutoria in perſonam eſt. 7

Simili æquitate motus] Quæſitum hoc eſt, 8 an ſola ignorantia juſta & ſufficiens cauſa ſit, ob quam ex poſtrema edicti clauſula danda ſit reſtitutio adverſus uſucapionem aut præſcriptionem. Ego puto non eſſe, *arg. l. ultim. in fin.* ibi, *nulla ignorantia vel ſcientia expectanda. C. de præſcr. long. temp. l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann. l. unic. C. de uſucap. transf.* Nam cùm ſufficiens tempus præſtitutum ſit, intra quod quiſque in res ſuas inquirat, eaſque ſibi aſſerat, poſt illud tempus reſtitui poſtulans ex ſola cauſa ignorantiæ, id eſt, ea, quæ conjuncta eſt cum deſidia & negligentia, audiri non debet. Denique ſi ex hoc ſolo capite reſtitutio admittatur, jus de uſucapionibus & præſcriptionibus conſtitutum non aſſequetur finem ſuum, numquam finis erit litium, ſemper dominia in incerto, contra *l. de uſucap.* Vveſemb. *parat. hoc tit. num.* 10. Pinell. *in auth. niſi triennale. C. de bon. mat.* diſs. comm. DD. Covarr. *in c. poſſeſſor. de reg. jur. in 6. pag. 3. §. 3.* Gail. 2. *obſerv.* 19. De præſcriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur. Videſis And. Fachin. 1. *contr.* 69. Ant. Fabr. *C. ſuo tit. ſi adverſ. uſuc. & tit. de temp. in int. reſtit.* Pinell. *in d. auth. num.* 58.

Tex-

Digitized by Google

Textus.

De Pauliana.

6. *Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis, permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam petere, id eſt, dicere, eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.*

Notæ.

6. *In fraudem creditorum*] Et eventum fraus habuerit, *l. 10. §. 1. l. 15. quæ in fraud. cred.* & ſimul is qui accepit, fraudis conſcius fuerit, *l. 1. l. 6. §. 8. eod.* In cauſis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus eſt, *d. l. 6. §. 11.*

Reſciſſa traditione] Unde tam actionem Paulianam, quæ reſciſſoria eſt traditionis, quàm ſuperiorem illam uſucapionis reſciſſoriam, actionem in rem eſſe, & ad exemplum vindicationis dari, contendunt Cujac. & Fabrot.

Commentarius.

1 *Agi hìc de actione, quæ Pauliana dicitur: licet ea non in rem, ſed in perſonam ſit.*
2 *In perſonam eſse, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hanc actionem creditoribus, ſive ante ſive poſt miſſionem in bona, res in fraudem eorum alienata ſit: interdum & in rem competere: quæ tamen huc non pertineat.*
4 *Quæ concurrere debeant, ut Paulianæ ſit locus?*
5 *Verborum edicti*, Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant; ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Paulianæ experiri poſſint. D. Joan. Dekher. notatus.*
8 *Qualis hìc ſit reſciſſio & reſtitutio?*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi poteſtas fuit.*

1 Tertia ſpecies actionis prætoriæ hìc proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata ſunt, *l. videamus. 38 §. in Faviana. 4. de uſur.* atque huc pertinent, *tit. π. quæ in fraud. cred. & C. de rev. his quæ in fraud. cred.* Hanc autem actionem Gloſſa & plerique interpretes non in rem, ſed in perſonam eſſe opinantur; hìc autem exponi inter prætorias in rem, & ſubjici reſciſſoriæ tantùm propter ſimilitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam uſucapio, ita per hanc traditio reſcindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego veriſſimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hìc nominat, ſed eam in rem eſſe dicit, deceptum à Triboniano inconſideratè, & tantùm ob ſimilitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem.
2 Etenim in rem eam non eſſe, primum ex eo evincitur, quod creditores non vindicant, aut intendunt, rem ſuam eſſe, ut in actionibus ſuperioribus: ſed ajunt, rem in bonis debitoris manſiſſe, quorum poſſeſſio eis data eſt. Deinde ex eo quoque, quoniam cùm actionis in rem proprium ſit, ut ſequatur ejus rei poſſeſſorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; ſi quis autem non poſſidet, non teneatur, *l. actionum. 25. de oblig. & act.* utrumque contra eſt in actione Pauliana: nam & is, qui poſſidet, quod in fraudem creditorum alienatum eſt, hac actione non tenetur, niſi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa cauſa acceperit, *l. 1. l. is qui. 9. & l. ſeq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hìc non ſola poſſeſſio, ſed aliud factum poſſeſſoris ſpectetur. Et è converſo, qui non poſſidet, nec dolo malo deſiit poſſidere, tenetur. Datur enim hæc actio non ſolùm hæredi, ſed etiam in hæredem ſimileſque perſonas, & qua tales, *d. l. 10. §. ult.* quod non minus quàm prius illud à natura actionis in rem abhorret, quæ rem ſemper ſequitur, & propter rem ejus poſſeſſorem, *l. 2. C. ſi un. ex plur. hæred.* Cùm itaque in rem non ſit, relinquitur, ut ſit in perſonam, *§. 1. ſup. eod. d. l. actionum. 25. de oblig. & act.* Et hoc verum eſſe, vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum paſſim appellatur, *d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in perſonam ſunt. vid. Bachov. *diſp. 3. de action. theſ. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, ſed in perſonam eſſe disertè teſtatur Ulp. *l. 1. §. hæc actio. 26. ſi quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in perſonam, cùm utraque ex eadem cauſa detur; Faviana, ſi quid in fraudem patroni; Pauliana, ſi quid in fraudem creditorum alienatum ſit. Sed quid verbis opus eſt? Juriſconſultus in *l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de uſur.* palam inter actiones, quæ in perſonam ſunt, etiam Paulianam numerat. Nam cùm initio propoſuiſſet videndum, quando in actionibus in perſonam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis, inter cæteras in perſonam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata ſunt, revocantur, *d. §. 4.* recenſet, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in perſonam eſſe conſtat. At inquies, ſi Pauliana in perſonam eſt, erit etiam ex obligatione, *§. 1. ſup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, ſive is fraudis particeps fuit, ſive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbè facit, ſi, poſtquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam eſſe, eam tamen, & tantùm lucri ſui cauſa, retinere tentet, per *l. metum. 9. §. ult. l. item ſi. 14. §. 3. quod met. cauſ.* Fruſtra ſe fatigat Bachov. *hic. & diſp. 3. de act. theſ. pen.* dum probare conatur, actionem Paulianam

in

in rem actionem eſſe: add. Don. *hic num.* 3. & *ſeqq.* Ant. Fab. 26. *conj.* 16. Vinn. Certum quidem eſt, Paulianam naturam potius perſonalium, quàm realium actionum ſervare. Neque tamen ideo credibile ſit, Tribonianum & ſocios tam fuiſſe principiorum juris ignaros, ut ſolo vocabulo *reſciſſionis* decepti actionem perſonalem pro reali vendiderint, maximè quum veroſimile ſit, eos in hoc titulo Cajum vel alium ex veteribus [illegible] fere ſequutos. Exiſtimo itaque actionem hanc ex mente prætoris & veterum verè eſſe in rem, quia naſcebatur ex jure in re, quod creditores in bonis debitoris per poſſeſſionem bonorum conſequebantur. Unde patet, cur hìc diſertè mentio fiat *bonorum ex ſententia præſidis poſſeſſorum*: ſimulque intelligimus ratiocinationem non procedere ab actione Faviana ad Paulianam. Hìc enim creditores res vindicant, quia prætor eis jus in debitoris bonis dedit, finxitque, res in fraudem alienatas non eſſe traditas, adeoque adhuc ad bona hæc, quæ poſſident ex decreto ſuo, pertinere. Hein. Illud hic notandum eſt,

3 quod actio Pauliana competat, ſive quid alienatum ſit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; ſive alienatio facta ſit, poſtquam jam in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſi ſunt, quorum quidem prius negat D. Joan. Deckher. 1. *diſſ.* 10 *num.* 27. Sed perſpicuè refellitur per *l* 15. & *l.* 17. §. 1. *hoc tit.* Poſteriore autem caſu evenire poteſt, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris perſequendi gratia. Nam ſi creditores in poſſeſſionem juſſu magiſtratus miſſi etiam in poſſeſſionem venerint, conſtituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in uſu juris dicitur prætorium, *l. non eſt mirum.* 26. §. 1. *de pign. act. l. ult. C. de præt. pign.* cujus pignoris, ſi creditor forte poſſeſſionem amiſerit, perſequendi cauſa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, ſi poſſeſſionem ſine culpa ſua caſu aliquo amiſiſſet; nunc etiam, etſi culpa ſua poſſeſſione ceciderit, *d. l. ult. C. de præt. pign.* Verùm hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti neceſſe non eſt dicere rem in bonis debitoris manſiſſe: nam alienatio non extinguit jus pignoris, *l. diſtractis.* 14. & *l. ſeq. C. de pign.* Sed neque ſpecies eſt Paulianæ, ut quidā putaverunt, quia datur adverſus quemcumque poſſeſſorem: ſed eſt ſpecies quaſi Servianæ ſeu hypothecariæ, per *d. l. ult. C. de præt. pign.* & *arg. l.* 9. *hoc tit.* nam in caſu illic propoſito poſſeſſionem jure pignoris avocantem ſecundus emptor non excluderet, cùm tamen excludat agentem Pauliana.

4 *In fraudem creditorum*] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum ſit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, ſi & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam ſi alterutrum deſit, & vel propoſitum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, ſe ſolvendo eſſe, vel creditores re ipſa & eventu fraudati non ſint, huic actioni non eſt locus, *l. ait prætor.* 10. §. 1. *l. ſi quis.* 15. *hoc tit.* Hoc amplius ceſſat hæc actio & revocatio, niſi & is, qui accepit, fraudis conſcius fuerit, *l.* 1. *l.* 6. §. *hoc edictum.* 8. *d. l. ait prætor.* 10. §. 2. *eod.* Cæterum hoc ſic acceptum eſt, ſi quis rem accepit ex cauſa oneroſa: nam in cauſis lucrativis placuit detrahi mentionem ſcientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus eſt, *l.* 6. §. *ſimili modo.* 11. *eod. l. pen. C. eod.* Planè, qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris poſſiderentur, quantumvis non ignorans, eum ſolvendo non eſſe, in hoc edictum non incidit; quia ſibi vigilavit, *d. l.* 6. §. *apud Labeonem.* 6. & *ſeq.* Porro quando & quatenus ſolutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari poſſit, & de ſententia *l. pen. hoc tit. l.* 6. §. 2. *de reb. auct. jud. poſſ* aliarumque eodem pertinentium, vid. Bart. *in d. l. pen.* Pet. Fab. *ad l. generaliter.* 78. *de reg. jur.* Ant. Fab. 2. *conj.* 14. Gail. 1. *obſ.* 25. *n.* 14. & *ſeqq.*

5 *Alicui tradiderit*] Edictum generalibus verbis conceptum eſt, *Quæ fraudationis cauſa geſta erunt, &c.* quæ verba latiſſimè patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis cauſa factum eſt. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, ſive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, uſucapi paſſus ſit, uſumfructum aut ſervitutem non utendo amiſerit, ſive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem moveri paſſus ſit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & ſi pignora liberaverit, vel quem alium in fraudem creditorum præpoſuit, vel ei exceptionem præbuit, aut ſe obligavit fraudandorum creditorum cauſa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut deſineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l.* 1. *cum.* 4. *ſeqq. l.* 10. *l. ſi cum.* 12. & *ſeqq. l.* 14. & *paſſim deinceps, hoc tit.* Planè ille in ea cauſa non eſt, ut edicto 6 locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere poteſt, puta qui legatum aut hæreditatem ſibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis ſuis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l.* 6. *pr.* §. 1. & *aliquot ſeqq. eod. l. non fraudantur.* 134. *de reg. jur. fac. l.* 5. §. 13. & *ſeq. de don. int. vir.* & *ux.* D. Diod. Tulden. *in C. hoc tit. n.* 4. Latè & eleganter D. Vueſemb. *conſ.* 17. *n.* 42. & *ſeqq.* Atque hinc eſt, quod nec ſuus hæres ſe abſtinens edicto locum facit, *l.* 3. *C. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioſo, aut non agit ad ſupplementum legitimæ, per *l.* 1. §. *ſed ſi.* 8 *ſi quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam fiſcus cogi poſſit, dubitatur; ſed verius eſt, compelli non poſſe, *arg. d. l.* 6. §. 2. *l. patrem.* 19. *hoc tit. d. l.* 1. §. *ſed ſi.* 8. *ſi quid in fraud. patr.* Jo. Gutier. *in repet. cap. quamvis.* 2. *de pact. in* 6. *n.* 24.

7 *Bonis ejus poſſeſſis*] Id eſt, poſtquam creditores

res à magiſtratu in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſi ſunt. Nam hæc actio demum competit poſt poſſeſſionem, excuſſionem, & diſtractionem bonorum; nec aliter, quàm ſi ex bonis diſtractis creditoribus ſatisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc tit.* de quo fuſè Schneid. *n. 59. & ſeqq.* Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus *ubi ſupra.* Nam vitioſè planè & per fallaciam compoſitionis & diviſionis hæc textus verba, *bonis ejus poſſeſſis*, ita accepit, ac ſi ſignificarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, poſtquam jam bona poſſeſſa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante miſſionem in bona alienatis. Perperam, inquam, quoniam verba iſta non ad tempus factæ alienationis, ſed intentandæ hujus actionis referenda ſunt: per *l. ſi quis. 15. l. omnes 17. §. 1. hoc tit.* junct. *l. pen. C. eod.*

Ipſis creditoribus] Plerumque curator bonorum hìc conſtitui ſolet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. hoc tit.*

8 *Reſciſſa traditione*] Sic intelligo, ut *§. præc.* dictum eſt, vi ipſa reſtitutionis in integrum & judicii conſtituti. Reſcinduntur autem hac in factum actione, & in priſtinum ſtatum reſtituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta ſunt, perinde ac ſi nihil eorum factum eſſet. Itaque non dominia ſolùm revocantur & res ipſæ, verùm etiam obligationes, actiones, fructus, acceſſiones, cæteraque commoda reſtituuntur, quæ creditores habuiſſent, ſi nulla alienatio aut liberatio interveniſſet, *l. 1. § 1. l. ait prætor. 10. §. per hanc. 19. & 3. ſeqq l. hac in factum. 14. l. omnes. 17 l. ult §. non ſolum. 4. hoc tit. l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de uſur.*

9 *Dicere, traditam non eſſe*] Non disertè ac nominatim, quaſi his ipſis verbis formula intentionis concipienda: ſed dicere & intendere effectu & rebus ipſis, ut in actionibus ſuperioribus. Sic enim hìc agunt creditores, quaſi revera res numquam tradita ſit. Adverſus quos hæc actio detur, ſatis ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt, intelligitur. Ex ſententia Venuleji etiam adverſus ipſum fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l. 1. l. 10. eod.* nimirum quia velut ſuperior illa contra jus civile introducta eſt, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Poſt annum tamen de eo adhuc competit, quod
10 ad eum pervenit, adverſus quem actio movetur, *d. l. 10. §. pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi poteſtas fuit, *d. l. 10. in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ ſcilicet à creditoribus decreto magiſtratus, *l. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus. 18. eod.* Ante enim agi non poteſt, & non valenti agere præſcriptio non currit, *l. 1. §. ult. C. de annal. exc.* Joan. Fab. *n. 17.* Myns. *n. 63* Schneid. *n. 83.* Inconſideratè igitur nonnulli textus iſtos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Vveſemb. *par. hoc tit. num. 12.*

Textus.

De Serviana & quaſi Serviana, ſeu hypothecaria.

7. Item Serviana & quaſi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris jurisdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur qui de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecaſve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil intereſt: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, maximè ſi mobilis ſit. At eam, quæ ſine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

Notæ.

7. *Quæ pignoris jure*] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi eſſent obligata, *§. 3. in fin. inſ. de interd.* tum fructus in fundo conducto naſcentes; quæ tacitè intelliguntur pignori eſſe domino fundi, *l. 7 in quib. cauſ. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori ſint: in ruſticis autem prædiis contra obſervatur, *l. 4. d. tit. l. 4. de pact.*

Quæ ſimul traditur, &c.] *l. 9 §. 2. de pign. act. l. 238. §. 1. de verb. ſign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter, ἐνέχυρον, & ὑποθήκην.

Commentarius.

1 *Cauſa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis ſit hæc actio, quibus, adverſus quos, quo exitu detur?*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus perſequenti incumbat?*
4 *Neceſſe non eſſe ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuiſſe, dummodo probet fuiſſe in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quàm debitor, pignus poſſidet; tum quid hic juris apud Batavos.*
6 *Nomina Serviana & quaſi Serviana unde? Hypothecaria nomen commune: differt à pigneratitia.*
7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum?*

8 *Quæ*

Digitized by Google

8 *Quæ res coloni pro mercede pignoris juris te-*
neantur?
9 *Invecta & illata in prædium urbanum tacitè pi-*
gnori eſſe: in ruſticum importata pignori non
eſſe, niſi id expreſsè convenerit.
10 *Actioni hypothecariæ locum eſſe in omni genere*
pignoris. Conſtitutio Caroli V. ann. 1529.
11 *Inter pignus & hypothecam nihil intereſſe*
quantum ad actionem hypothecariam: niſi
forte in eo, quod cautum Nov. 4. cap. 2.
12 *Inter pignus & hypothecam quid propriè inter-*
ſit ſecundum uſum juris? Veteres pro hypothe-
ca verbo Latino fiducia *uſos videri.*

1 AD extremum proponitur hìc actio in rem de
pignore, quæ item jure honorario utilitatis
cauſa comparata eſt, *l. ſi ſibi.* 17. §. 2. *de pact.* Nam
jure civili nulla actione conſulebatur iis, quibus
res debitorum obligatæ erant, cùm poſſeſſio ea-
rum apud alium eſſe cœpiſſet. Hoc igitur cùm
prætori Servio durum videretur, ipſe actionem
de pignore ſeu hypotheca quibuſdam in cauſis
introduxit, quæ poſtmodum eadem æquitate ſua-
dente prudentum interpretatione producta eſt
2 etiam ad alias cauſas & ſpecies pignoris. Actio
hæc in rem eſt, *l. pignoris.* 17. *de pign. l. pignoris.*
18. *C. eod.* conſtituta creditoribus pignoris perſe-
quendi cauſa, ut hìc declaratur. Unde intelligi-
mus, competere eam adverſus omnes, qui pignus
poſſident, aut dolo malo poſſidere deſierunt, *l. ſi*
fundus. 16. §. *in vindicatione.* 3. *de pign.* Exitus
actionis hic, ut qui convenitur, neceſſe habeat,
aut creditoribus agentibus ſolvere, aut rem, de
qua agitur, reſtituere; alioqui quanti ea res eſt,
condemnatur, *d. l. ſi fundus.* 16. §. 3. Duo autem
3 creditori pignus perſequenti probanda ſunt. 1. ſe
jus pignoris in re, de qua agitur, habere. 2. poſſeſ-
ſionem ejus rei eſſe penes eum, qui convenitur.
Ad primum quod attinet, ſi creditor cum ipſo de-
bitore experiatur, ſufficit ei ad fundandum jus pi-
gnoris probare, quod debitor poſſideat: quo-
niam inter contrahentes ipſos etiam alienæ rei
pignus conſiſtit, neque debitor quæſtionem do-
minii referre poteſt, per *l. in rem alienam.* 11. *in*
fin. de pign. act. Si verò agatur contra tertium
poſſeſſorem, probandum eſt, rem in bonis de-
bitoris fuiſſe, aut in caſu generalis hypothecæ
poſtea ad eum perveniſſe, *l. & quæ nondum.* 15.
§. 1. *de pign.* Nec intereſt, poſſeſſor cauſam ha-
beat, an non habeat; & cùm habeat, utrum lu-
crativa ſit, an oneroſa. Nam jus pignoris non
fundatur, niſi res fuerit in bonis debitoris; cùm-
que hypotheca propriè titulum non præbeat, &
creditor jure debitoris nitatur, oportet credito-
rem potentiori jure munitum eſſe, quàm poſſeſ-
4 ſorem. Illud probare neceſſe non eſt, debitorem
rei dominum fuiſſe, ſed, quemadmodum dixi,
fuiſſe in ejus bonis, ſeu juſto titulo & bona fide
ab eo poſſeſſam: quoniam quo probato ſuccum-
beret poſſeſſor debitore agente Publicana, eo
probato etiam ſuccumbere debet creditore agen-
te hypothecaria, *arg. l. ſi ab eo.* 18. *de pign.* Hæc
fuſius tractantur à Jo. Fab. Ang. Jaſ. Zaſ. Schneid.
ad hunc §. Cyn. & Salic. *ad l. cum res.* 5. *C. ſi res*
al. pign. Neguſ. *de pign.* 8. *memb.* 3. *n.* 6. *& ſeqq.*
Secundum expeditum eſt: quippe hoc omnium
actionum in rem eſt proprium, ut eo tempore,
quo moventur, ad litem fundandam reum poſſi-
dere oporteat. Olim ſi alius quàm debitor pi- 5
gnus poſſidebat, non tenebatur creditor ipſum
prius debitorem perſonali actione convenire, &
ſic deinde illo non ſolvente demum pignus à poſ-
ſeſſore perſequi: ſed in arbitrio creditoris erat,
adverſus utrum prius experiretur, *l. diſtractis.* 14.
l. perſecutione. 24. *C. de pign. l. ult. C. de obl. & act.*
Tantùm hoc requirebatur, ut ſi debitor præſens
eſſet, prius denuntiationibus conveniretur, id eſt,
legitimè interpellaretur, ut ſolveret, ac tum illo
non ſolvente ad poſſeſſorem pignoris veniretur,
l. 10. *C. d. tit.* Juſtinianus autem à creditoribus
plus exegit; conſtituit enim, ut ſi debitores præ-
ſentes ſint, non tantùm denuntiationibus conve-
niantur, ſed etiam judicio, nec prius ad pigno-
rum poſſeſſores perveniatur, quàm excuſſis debi-
toris, & fidejuſſorum, ſi qui ſint facultatibus. *Nov.*
4. cap. 2. unde auth. ſed hodie. C. de obl. & act. &
auth. hoc ſi debitor. C. de pign. Id jam olim in fiſco
pignus legale vindicante humanitatis cauſa pla-
cuerat, *l. Moſchis.* 47. *de jure fiſc.* ad cujus exem-
plum in conventionali pignore idem caviſſe vide-
tur Juſtinianus. Quod ſi debitor aut hæres ejus
pignus poſſideat, tum adhuc nullus ordo ſerva-
tur, & liberum etiamnum creditori eſt, omiſſa
actione perſonali pignus perſequi, *d. Nov.* 4. *c.* 3.
verſ. contra principales l. perſecutiones. 24. junct. *pr.*
auth. ſeq. hoc ſi debitor. C de pign. & ſecundum hoc
ſæpe à ſupremis Curiis judicatum teſtatur Chri-
ſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 151. *n.* 9 *& ſeq.* Apud nos jus ve-
tus reductum placito anni 1564. quo expreſsè de-
rogatur *d. Nov.* 4. *cap.* 2. *& d. auth. hoc ſi debitor.*
Poteſt itaque hodie creditor vi iſtius placiti ſta-
tim tertium poſſeſſorem convenire, & pignus
perſequi, omiſſo debitore principali ejuſque fi-
dejuſſoribus, nec prius facultates eorum excute-
re tenetur, vid. *deciſ.* 4. *Cur. Holland.*

Serviana, & quaſi Serviana, quæ etiam hy-
pothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio
eſt: Serviana dicta ab auctore eadem analogia, 6
qua Publiciana; & quaſi Serviana ſic dicta,
quia ad exemplum Servianæ introducta eſt; un-
de & utilis Serviana dicitur, *l.* 1. *in pr. & §.* 2. *de*
pign l. 1. *C. de precar.* Hæc eadem, ut hìc tradi-
tur, etiam hypothecaria appellatur, à re ſcilicet
& nomine communi: quod nomen etiam Servia-
næ competit; ſed cùm hæc nomen proprium ha-
beret, illa, quod commune eſt, ſibi proprium
fecit. Nonnumquam tamen appellatione Ser-
vianæ & quaſi Serviana ſeu hypothecaria omnis
ſignificatur, *l.* 3. *l. ſi ab eo.* 18 *de pign l. ſi creditor.*
28. *de pign. action. l. ult. C. de oblig. & act.* Ab
actione hypothecaria toto genere differt actio,
quæ pigneratitia propriè dicitur, utpote quæ
non in rem, ſed in perſonam eſt, nec creditori
competit, ſed debitori adverſus ipſum crediro-
tem

Digitized by Google

rem ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, ſoluto debito reſtituendum; de qua *ff.* & *C. de pign. act.* §. *ult. ſup. quib mod. re cont. obl.* Abuſivè tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut obſervare licet, *l. 9. in fin. quib. mod. pign. ſolv. l. rem alienam. 4. de pign. act. l. 3.* §. *3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus. 19. de exc. rei jud.* & aliis locis. Vid. noſtra ad *d.* §. *ult.*

Et prætoris juriſdictione] Atqui quaſi Serviana à prætore introducta non eſt, ſed Juriſconſultorum ingeniis excogitata & inſtituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto propoſita fuit. Reſpondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compoſitæ ſunt, prætorias cenſeri, propterea quod cauſam & initium à juriſdictione prætoris acceperant.

De rebus coloni] Dubium non eſt, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti propoſita
7 fuit, Serviana propriè vocetur. Unde exiſtimare licet, prætorem nominatim tantùm de rebus colonorum pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuiſſe: *Quod à colonis oppigneratum mercedis cauſa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini ſimiliter obligatis actio verbis edicti propoſita non fuit, itaque cùm de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, ſed quaſi Serviana, quæ eſt ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum
8 *quæ* hìc non demonſtrat, ſed diſtinguit: quippe hac adjectione non illud ſignificatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori eſſe obligatas, ſed de his, quæ obligatæ ſunt, Servianam competere. Jam autem conſtat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; ſed primum fructus in fundo conducto naſcentes: qui quidem etiam tacitè citra ullam conventionem pignori eſſe intelliguntur, *l. 7. in quib. cauſ. pign. tac. l. 3. C. eod.* Deinde ea, & ſola, de quibus nominatim convenit, ut pignori eſſent, §. *adipiſcendæ. 3. in fin. inſ. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium ruſticum, aliter pignori ſunt fundi domino, quàm ſi expreſſa conventio interceſſerit, *l. 4.* & *d. l. 7. d. tit. l. 5 C eod.* Qua in re diſtat conductio prædii urbani à conductione ruſtici: nam in urbanum prædium illata placet pignori eſſe locatori, etiamſi nihil no-
9 minatim convenerit, *l. 4. de pact.* & *d. l. 4. in quib. cauſ pign. tac.* Cujus differentiæ ratio ſi quæratur, ea ſumenda eſt ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis ruſticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. ſi Servus. 61.* §. *locavi. 8. de furt.* quod autem erat in more poſitum, ut alias ſæpe, in jus paulatim tranſiit, & pro dicto habitum eſt, ſicubi dictum non eſſet. Scio, veteres interpretes aliter ſentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium ruſticum tacitè ſive citra pactionem expreſſam pignus pro mercede conſtitui, ſi modo voluntate ſeu ſcientia domini illata ſint, quod nec ipſum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc ſententiam conſtitutionem Alexandri, quæ extat in *l. 5. C. de locat.* Sed merito hæc ſententia à recentioribus rejecta eſt, nihilque eam juvat D. Alexandri conſtitutio, qua ſola nititur. Nam voluntatis nomine in ea conſtitutione adſignificatur expreſſa conventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius. 5.* §. *1. in quib. ca. pign. tac.* Quorſum enim exigamus, ut voluntate domini illata ſint, niſi, ſimul ut pignori eſſent, pactio aliqua inter eum & colonum interpoſita fuerit? Sed & voluntate domini illata ſic rectè accipi poſſunt, ſi dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipſa & per conſequentiam pactus eſſe intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme Connan. 4. *comm.* 16. Fort. Garz. *ad d. l. 5.* Duar. Cujac *ad l. 4. de pact.* Don. *de pign. c.* 4. Bach. 1. *de pign. c.* 11. D. Tuld. *in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3.* Chriſtin. *vol. 3. dec.* 110. & *vol. 4. dec.* 155.

Qua creditores pignora perſequuntur] Quaſi 10
Serviana ſeu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis; & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantùm de pignore conventionali, ſed etiam de legali: quale verbi cauſa habent pupilli & adoleſcentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio. 20. C. de adm. tut.* fiſcus in bonis debitorum fiſci, *l. 1. l. 2. C. in quib. ca. pign. tac.* uxor in rebus mariti in cauſa dotis, *l. un.* §. *1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore prætorio & judiciali, *l. 2. C. de præt. pign.* item de eo, quod teſtamento conſtitutum eſt, *l. non eſt mirum. 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam] Inter pignus & hypothecam tantùm nominis ſonus differt, ait Marcian. *l. 5.* §. *1. de pign.* id eſt, diverſo & diſcrepante ſono idem ſignificant. Addit hìc Imp. *Quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam ſenſiſſe Marcianum arguit inſcriptio *d. l. 5.* quæ eſt, ad formulam hypothecariam. Quorſum hæc reſtrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit] Additum hoc exempli cauſa: multa enim ſunt genera pignorum, quæ conſtituuntur ſine conventione, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium ſpeciali hypotheca affici queat, niſi coram magiſtratu & judice, ſub cujus juriſdictione ſitum, pignus conſtituatur ſcriptura in fidem rei geſtæ confecta, juxta placitum Caroli quinti ann. 1529 Jo. Deckher. *lib. 1. diſſ. 10. n. 34.* add. *art. 45. Ordin. Polit.* aut ſi feudale ſit prædium, coram Paribus Curiæ, Neoſtad. *de feud. c ult. n. 26.* Grot. *lib. 2. introd. c. 4.* Planè ad conſtituendam generalem hypothecam ſufficit, coram quovis hujus

regio-

Digitized by Google

regionis judice bona ſua apud acta publica obligaſſe, *d. art.* 35. Grot. *d. lib.* 2. *cap.* 48.

Vtraque hac appellatione continetur] Senſus eſt, quæcumque res ſit, ſive mobilis ſive immobilis, ſive tradita ſive non tradita, quæ pro debito obligata eſt, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiſcuè in
11 actione hypothecaria deſignari ſolet. Quippe quæ actio, & ſi quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus ſcilicet amiſſa ſit poſſeſſio, quàm pro hypotheca; ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum eſt ab Ulpiano, pignus contrahi non ſola traditione, ſed etiam nuda conventione, etſi traditum non eſt, *l.* 1. *de pign. act.* Sanè quod noviſſimo jure conſtitutum eſt, ut debitor prius conveniatur, & facultates ejus excutiantur, & ſic demum, ſi repertum ſit, debitorem non eſſe ſolvendo, ad pignoris poſſeſſionem perveniatur, *Nov.* 4. *cap.* 2. id pleri que putant tantùm locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto, cujus ſcilicet poſſeſſio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & poſtea forte amiſſa; ſed hoc caſu adhuc ſtatim & recta poſſeſſionem pignoris avocari poſſe: quæ ſententia non caret ratione. Neguſ. *de pign. part.* 8. *memb* 1. *n.* 18.

Pignoris appellatione eam proprie rem, &c.] Si
12 ſignificationem & proprietatem verborum ſpectamus, aut potius uſum juris, inter pignus & hypothecam hoc intereſt, quod pignus propriè dicitur, cùm ſimul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præſertim ſi ſit mobilis; hypotheca autem cùm res ſine traditione nuda conventione obligationi ſubjicitur. In pignore id noſtri ſumpſerunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum ſit à pugno, ut ſit res, quæ traditur manu, ac velut pugno; *l. plebs.* 238. §. 1. *de verb. ſign.* Unde maximè id dicitur de re mobili, in quam ſolam cadit ut manu capiatur: ſed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum poſſeſſio itidem creditori tradita ſit. Hypotheca autem verbum Græcum eſt, quod poſterior ætas uſu Latinum fecit, dictum ἀπὸ τοῦ ὑποτίθεσθαι, quod eſt *ſupponere*, id eſt, *pignori opponere, fiduciare*; ut appareat, verbum generale eſſe, eoque ſignificari utramque ſpeciem rerum pignori oppoſitarum, tam quæ traditæ ſunt, quàm quæ non ſunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo ſpeciei ei generi ſubjectæ ſignificationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cùm per ſe generale ſit, tamen plerumque ad certam ſpeciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur ſpecies pignori contraria, id eſt, res quæ ſine traditione nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi neceſſe eſt, quoties hypotheca à pignore diſtinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. ſi rem.* 9. §. *proprie.* 2. *de pign. act.* Veteres Conſulti verbo *hypotheca* uſi non videntur, ſed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum eſt, quod in iis, quæ manum Triboniani elapſa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nuſquam nomen hypothecæ occurrat, ſed fiduciæ dumtaxat, ut videre eſt apud Paulum in libris receptarum ſententiarum, *lib.* 1. *tit.* 9. *lib.* 2. *tit.* 5. *lib.* 3. *tit.* 6. *de legat. lib.* 5. *tit.* 26. *in fin.* ſicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, ſed fiduciariæ, judicii & actionis fiduciæ tantùm; ut apud eumdem Paul. *d. lib.* 2. *tit.* 13. Modeſtinus apud Licinum Ruffinum *in collat. leg. Moſaic. & Rom. tit. de depoſ. Sed & in cæteris quoque partibus juris iſta regula* (de culpa præſtanda) *cuſtoditur: ſic enim & in fiduciæ judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur, &c.* Papinianus apud eumdem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxæ deditum ſi tantum acquiſitum ſit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus eſt à prætore, qui noxæ deditum accepit, ſed fiduciæ judicio non tenetur.* Fuit verò & hoc ipſum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id eſt, ἐνέχυρον, quàm ὑποθήκη ſignificabatur. Cic. *in Topic. cap.* 10. *Si tutor fidem præſtare debet, ſi ſocius, ſi cui mandaris, ſi qui fiduciam accepit, debet & procurator.* Paul. *d. tit.* 13. *Debitor diſtractis fiduciis à creditore de ſuperfluo adverſus eum habet actionem.* Sed uſus item ſpeciale fecerat, contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *d. lib.* 2. *tit. de modo, id eſt, ſpatio; Hæredibus debitoris adverſus creditorem, qui pignora vel fiducias diſtraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam teſtator ſi poſtea pignori vel fiduciæ dederit, &c.* id eſt, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariſſ. Salmaſ. *lib. de mod. uſur. c.* 14. VINN. Cave exiſtimes fiduciam fuiſſe hypothecam, quamvis in pignoribus & hypothecis conſtituendis uſus ejus eſſet frequentior. Erat nimirum fiducia ſingulare genus contractus, quo tunc utebantur, quoties ea lege quid mancipabant alienabantve, ut quandocumque placeret alienanti, res reſtitueretur. Id quod ſibi cavebant hac formula: *Vti inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder.* Cic. *de Offic. III.* 17. *& ad Fam. Epiſt. VII.* 12. Hinc creditores non contenti pignus ſe habere, illud ſibi mancipari jubebant, addito tamen contractu fiduciæ, ut reddita pecunia, pignus reſtitueretur. Iſid. Hiſp. *Orig. V.* 25. Ger. Noodt. *Obſ. II.* 8. Inde fiducia aliquando pro pignore locis hic citatis, & apud Cic. *pro Flacc. cap.* 8. *fiduciatus ſervus*, pro oppignorato apud Paull. *Rec. Sent. II.* 13. 2. *fiduciare pignoribus alterum* apud Tertull. *de Idololatr.* Eodem fiduciæ contractu aliquando uſus eſſe in locatione conductione ex Plauti *Bacch. Act. IV. Scen. IV. v.* 109. colligunt. Nec minus idem factum videtur in contractu depoſiti: ſaltim *fiduciam* pro depoſito dici à Cicerone *pro A. Cæcin. cap.* 2. & *pro Q. Roſc. Comœd. cap.* 6. non abs re conjecit Taubmann. ad Plaut. *p. m.* 489. Denique fiduciæ uſus in emancipatione liberorum ſatis notus eſt. Vid. *Antiq. noſt. Rom. lib.* 1. *tit.* 12. §. 9. HEIN.

TEX-

Digitized by Google

Textus.

De actionibus Prætoriis perſonalibus.

8. *In perſonam quoque actiones ex ſua juriſdictione propoſitas habet prætor, veluti de pecunia conſtituta: cui ſimilis videbatur receptitia. Sed ex noſtra conſtitutione (cùm & ſi quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ conſtitutæ transfuſum eſt) & ea quaſi ſupervacua juſſa eſt cum ſua auctoritate à noſtris legibus recedere. Item prætor propoſuit actionem de peculio ſervorum, filiorumque familiarum; & eam, per quam quæritur, an actor juraverit; & alias complures.*

Notæ.

8. *Receptitia*] Hæc actio civilis erat verbis ſolemnibus compoſita, & tantùm in argentarios dabatur, cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem conſtitutoria, quæ honoraria eſt, dabatur contra omnes quidem, qui conſtituiſſent; ſed tantùm de rebus, quæ pondere, numero, menſura conſtant; & non niſi debito conſtituto, *l. 2. C. de conſt. pec.* add. Salmaſ. *de mod. uſur. cap. 16.*

In actionem pecuniæ conſtitutæ] Actionis receptitiæ vis omnis à Juſtiniano transfuſa eſt in conſtitutoriam, excepto eo, quod non conſtituitur niſi debitum, etſi recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

Commentarius.

1 *Recipere quid? actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & conſtitutoria diſcrimina: & præcipua cauſa.*

HActenus actiones prætoriæ in rem; ſubjiciuntur deinceps, ut erat propoſitum, ejuſdem originis actiones in perſonam. Actionum prætoriarum in perſonam, quædam velut ex contractu & negotio geſto proficiſcuntur, quædam ex maleficio, aut quaſi ex maleficio: ac utriuſque generis multæ & variæ ſunt ſpecies cauſis efficientibus proximis diſtinctæ; neque enim hoc loco omnes, ſed paucæ tantùm proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hæ tres, de conſtituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

Cui ſimilis videbatur receptitia] Actioni de pecunia
1 cunia conſtituta ſimilis fuit vetus actio receptitia, ſic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia ſignificat in ſe aliquid ſuſcipere & polliceri: nam paſſim apud Claſſicos auctores invenies, *recipere in ſe, ad ſe*, & ſimpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere: & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuiſſe, quàm *promittere*. Cicero Licinio Craſſo, *Fam. lib. 5. epiſt. 8. Velim exiſtimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, ſanctiſſimè eſſe obſervaturum*. Hæc autem receptitia actio tantùm ad trapezitas, ſive menſarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque ſi menſarius citra ſtipulationem recepiſſet, ſe certo die ſoluturum, quod hic vel ille apud ſe depoſuiſſet, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, receptitia ſive pecuniæ receptæ.

Noſtra conſtitutione] Extat *in l. 2. C. de conſt. pec.*
Quantum autem ex hac conſtitutione Juſtiniani 2
intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & conſtitutoriam diſcrimina fuerunt: illa civilis erat, verbis ſolemnibus compoſita, hæc prætoria: illa tantùm contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui conſtituiſſent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non niſi debitum: illa in quibuſcumque rebus, hæc in iis tantùm, quæ pondere, numero, & menſura conſtant, locum habebat, in quibus & conſiſtebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuiſſe cauſam putat eruditiſſimus Salmaſius *lib. de mod. uſur. cap. 16.* quod olim menſarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujuſque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quaſi ſequeſtres. Idcirco & promittebant, ſe ſoluturos aut reddituros pro aliis res quaſcumque mobiles vel immobiles. Cæterum Juſtinianus ſublata receptitia, unam eſſe voluit actionem adverſus omnes conſtituentes, & de omnibus rebus conſtitutis, eam, quæ de pecunia conſtituta appellatur, quod & ad agendum eſſet commodior, & verbum *pecuniæ* omnibus rebus conveniret, *l. pecuniæ. 178. de verb. ſign.*

Si quid plenius] Hoc tamen excepto, quod non conſtituitur, niſi debitum, etſi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de conſt. pecun.*

Et alias complures] Cujuſmodi ſunt, quod juſſu exercitoria, inſtitutoria, tributoria, de in rem verſo: quæ etiam explicantur *tit. proximo*.

Textus.

De conſtituta pecunia.

9. *De conſtituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro ſe, vel pro alio ſoluturos ſe conſtituerint; nulla ſcilicet ſtipulatione interpoſita. Nam alioqui ſi ſtipulanti promiſerint, jure civili tenentur.*

Commentarius.

1 *Actionis de pecunia conſtituta introductæ cauſa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex cauſis hac actione teneantur?*
4 *Conſtituti & fidejuſſionis convenientia & diſſimilitudo.*

ACtio de pecunia conſtituta edicto prætoris introducta eſt ex hac cauſa, ſi quis nudo pacto 1

ćto conſtituerit ſe futurum, quod anre debitum fuit, *l.1. §. 1.de conſt.pec.l.2.C.eod.* Ex hac cauſa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminara aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interpoſita, actio non datur. Prætor autem conſtituta ex conſenſu facta cuſtodienda putavir, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait *d.l.1. in pr. grave eſt fidem fallere.* Grave ſcilicet in hac ſpecie maximè, ubi quod jam ex aliqua præcedenti cauſa debetur, nova conventione ſtabilitur ac confirmatur: nam niſi debitum ſit, quod
2 conſtituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut ſingulare obſervandum eſt, quod ea edicto proponitur non ſtatim, ſed ſub conditione, ſi appareat, eum, qui conſtituit, neque ſolvere, neque feciſſe, neque per actorem ſtetiſſe, quominus fieret, quod conſtitutum eſt, *l.ſi duo. 16. §. 1. & ſeq. l.ſed & ſi.27.& l.ſeq.de pec.conſtit.* Ex quo ſimul intelligimus non amitti actionem actori, ſi moram fecerit in accipiendo: quod ratio juris civilis non patitur; ſed ei ab initio nec datam videri, ſi per eum ſteterit conſtituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti viſum eſt, eam ſic proponere, ur quàm mitiſſimè cum reo ageretur, & quæcumque culpa poſſet actori in accipiendo objici, ne actio daretur.
3 *Pro ſe vel pro alio*] Is ſolus actione conſtitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuir, conſtituit, *l. 1. §. 1.*& paſſim deinceps, *l.5. §.2. l. item illa.18.§.1.h.t.de pec.conſt.* A quo autem debitum ſit, utrum ab eo, qui conſtituit, an ab alio, nihil intereſt, *d.l.5.§.2.l.1.C.eod.* Sed nec illud refert, qua ex cauſa, quove jure debitum ſit, dum aut utiliter peti poſſit, aut naturaliter debeatur, *l.1.§.debitum.6. & deinceps.l.3.§. 1. eod.* Hoc amplius, etſi quis conſtituit alii, quàm creditori, modo pecunia debita ſit, valebit conſtitutum: nihil enim prætor adjecit, *d.l.5.§.2.* Poſtremo & aliud, quàm quod debetur, conſtitui poteſt, & quod debetur, conſtitui citeriore die, aut alio loco, quàm quo dari oportet, *d. l.1. §. an poteſt. 5. l. 4. l. 5. in pr. eod.* Id quod ſub conditione debetur, ſive purè ſive in diem conſtituatur, eadem conditione ſuſpenditur, ut exiſtente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui purè debet, ſi ſub conditione conſtituat, in hunc eſſe utilem, id eſt, efficacem actionem, Pomponius cenſuit, *l. id quod. 19. p. & §. 1. eod.*

Nulla ſtipulatione interpoſita] Actioni conſtitutoriæ tunc locus eſt, cùm quis nudo pacto ſe ſoluturum conſtituit. Nam ſi ſtipulatio intervenerit, actio honoraria non deſideratur, cùm ſit civilis ex ſtipulatu. Illud ſciendum eſt, conſtitutum priorem obligationem non innovare, ſed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius conſtituir, adhuc obligatum manere, *l.ubi quis.28. eod.* Quæ
4 ſpecies conſtituti multa habet cum fidejuſſione communia. Veluti quod liberato priore ſeu principali debitore, liberetur & pecuniæ conſtitutæ reus, *l.in omnibus. 43.de ſolut.* quod ei beneficium ordinis & excuſſionis non minus quàm fidejuſſori tributum eſt, *Nov.4.c.1.* & ſi plures ſinr pecuniæ pro alio conſtitutæ rei, quod his etiam competit beneficium diviſionis, *l. ult.C h.t.* Cæterum & in multis diſcrepant: nam conſtitutum nudo pacto perficirur, fidejuſſio ſtipulationem requirit: conſtitui poteſt etiam aliud, quàm quod debetur, & alii, quàm creditori, & quod ulteriore die debetur, conſtitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejuſſio, ut docuimus *ſup. de fidejuſſ. ſub §. fidejuſſores. 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus conſtitutum à fidejuſſione vix diſcerni poſſe, ſublata videlicet pacti & ſtipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui ſtipulationum firmamenta pactionibus ſuis non adhibebant, nullum hac in parte diſcrimen fuit inter ἀντιφώνησιν & ἐγγύην communem.

TEXTUS.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideo adverſus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum ſervorumve ipſo jure non teneantur, æquum tamen eſt, peculio tenus (quod veluti patrimonium eſt filiorum filiarumque, item ſervorum) condemnari eos.*

NOTÆ.

10. *Ipſo jure non teneantur*] Filiusfam. patrem civiliter non obligat; nec ſervus dominum. *l.8.de reſc. vend. l.8.§.ult.de accept.*

Veluti patrimonium] *l. 32. in fin. pr. de pec.* Peculium autem filiifam. hìc profectitium tantùm accipimus, *l. 18. in fin. de caſtr.pec.l.6.& l. ult. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, ſed in perſonam eſſe.*
3 *An actio de peculio, quæ adverſus patrem datur, ſpecie differat ab ea, qua tenetur filius?*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii rectè conveniatur?*
5 *Actione de peculio non conſumi obligationem, quæ cum filio aut ſervo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Cauſæ, ex quibus ſervus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifam. aut ſervi adverſus patrem aut dominum dantur, ſunt actiones in perſonam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alrerius contractu obligatur, *l.1.C.ne ux.pro marit. l. 1. C.ne fil.pro*
patr.l.pen.C.quod cum eo qui in al. pot. Sed prætori 1
æquum viſum eſt, ex contractu ſervi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, ſaltem hactenus obligari, quatenus cauſa contrahendi, id eſt, peculium filio

aut

Digitized by Google

aut ſervo conceſſum pateretur: ne ſcilicet qui bo-
na fide cum ſervis & filiis contraherent, quos pe-
culium habere ſcirent, circumvenirentur. Nam
pater & dominus hoc ipſo quod peculium filiis
& ſervis concedunt, de eo ſe tacitè obligare vi-
dentur, & ſimul ſervo & filio etiam jus contra-
hendi pro modo & quantitate peculii concedere,
*arg. l. 1. §. item. 5. de acquir. poſſ. l. 1. ſi à par. quis
man.* ut proinde qui cum ſervo aut filio contrahit,
etiam domini & patris perſonam ſpectare, & eo-
rum quoque fidem quodammodo ſequi videatur.
Porro ut hic locus oſtendit, actio de peculio
non eſt actio in rem, ſed in perſonam. Quippe
quæ non naſcitur ex ullo jure, quod quis in re
habet, ſed ex obligatione, uti paſſim legimus
dominum & patrem de peculio obligari. Obligan-
tur autem non ex ſua perſona, ſed ex perſona ſer-
vorum & filiorum, propter eam cauſam, quam
modo allegavimus. Planè in hoc actio de pecu-
lio naturam actionum in rem imitatur, quod pe-
culium ea ſequitur, veluti ſi ſervus cum peculio
alienatus ſit, *l. & ancillarum. 27. §. 2. de pecul.*
actionis enim in perſonam natura hæc eſt, ut
ſemper adverſus eumdem locum habeat, *l. actio-
num. 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideo placuit,
quia prætor propter peculium dominum teneri
voluit, & tantùm peculio tenus.

Actiones] Utitur numero multitudinis, quia
tot ſunt actiones de peculio, quot ſunt rationes
contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex
vendito de peculio, mandati, commodati, depo-
3 ſiti, &c. de peculio. Quæſitum autem eſt, an
actio, quæ de peculio adverſus patrem datur, ſit
diverſa ab ea, quæ contra filium competit, ut
quemadmodum duo hìc ſunt debitores, *l. ſi quis.
44. de pecul.* ita & duæ ſint diſtinctæ actiones; an
verò una ſit eademque actio. Et certum eſt, nu-
mero quidem haſce actiones differre; at non vi-
dentur differre ſpecie; ſed actio de peculio cum
altera illa eſſe eadem ſpecie actio, novam ſaltem
qualitatem habens. Etenim actio de peculio non
eſt propria aliqua actio, ſed alterius actionis, pu-
ta mandati, depoſiti, ex empto, adjectio; prorſus
ut actio noxalis non eſt propria actio ſpecie di-
ſtincta ab ea, quæ directo ex delicto competit,
ſed tantùm actionis ex delicto adjectio, quam-
quam novam habet qualitatem, vid. *inf. tit.* 8.

De peculio] Peculium ſervi ſimplex eſt & unius
generis, totum in domini, à quo profectum eſt,
poteſtate: unde & ſine exceptione dominus de
peculio tenetur. Peculium verò filiifam. multi-
plex & non unius naturæ. Genera ejus ſingula
4 diſtinctè expoſita ſunt *ſub tit. 9 lib. 2.* Ex ea autem
diſtinctione intelligere licet, patrem non de om-
ni peculio rectè conveniri, ſed de profectitio
tantùm, quod ſolum totum in poteſtate habet. Et
quidem de caſtrenſi aut quaſi caſtrenſi ideo pater
non cogitur actionem de peculio pati, quia in
hoc genere peculii pater jus nullum habet, ſed
ipſe filius locum ac jus patrisfam. in eo obtinet,
*l. ex caſtrenſi. 18. in fin. de caſtr. pecul. l. 30. C. eod. l. 2.
de ſen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem
ſimiliter ut de profectitio in patrem actio com-
petebat: ſed poſtquam Juſtinianus adventitii pe-
culii proprietatem filio conceſſit, & pater tantùm
uſufructuarius hujus peculii & legitimus admini-
ſtrator factus eſt, deſiit ex contractu filii de hoc
peculio conveniri poſſe, *l. 6. & l. ult. C. de bon.
quæ lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo
caſu, quo filius plenam peculii adventitii pro-
prietatem habet. Coſtalius poſt Bartol. *in l. 1. de
pecul.* Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 35. n. 2.*

Adverſus patrem & dominum] Ita ut nihilomi- 5
nus ſalva maneat obligatio, quæ cum filio aut
ſervo contracta eſt. Quæ res hanc vim habet, ut
ſi cum patre actum ſit, adhuc civilis actio con-
tra filium ſuperſit, *l. ſi quis. 44. de pecul.* ſi cum
domino, ſervus adhuc naturaliter obligatus ma-
neat hoc effectu, ut & fidejuſſor ejus obligatio-
nis accipi poſſit, & pecunia à manumiſſo ſoluta
non repetatur, *l. eo tempore. 50. §. 2. eod. l. 14. de
obl. & act.* Itaque quod dicitur, in *dict. l. ſi quis.*
44. eum qui cum filiofam. contrahit, duos habere
debitores, filium in ſolidum, & patrem de pe-
culio, idem de eo quoque, qui cum ſervo con-
traxit, dici poteſt, nimirum etiam hunc duos
habere debitores, dominum de peculio, ſervum
in ſolidum; ſed hoc intereſt, quod cum filio
etiam agi poteſt, cum ſervo non poteſt; qua de
cauſa Juriſconſultus in *d. l. ſi quis. 44* filiifam. tan-
tùm meminit. Illud per ſe planum eſt, pro eo
quod actor à patre aut domino actione de pecu-
lio conſecutus eſt, minui filii & ſervi obligatio-
nem; ut & illud, ſi filius conventus pecunia ali-
unde quæſita ſolverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu] Additum hoc conſulto ad re- 6
movenda maleficia & quaſi maleficia: nam ex de-
lictis cauſiſque pœnalibus actio de peculio non
datur, *l. 1. §. ſi filiusfam. 7. de his qui dejec. l. ex pœ-
nalibus 58. de reg. jur.* Cui non obſtat, quod filio
ex pœnali cauſa convento, & in certam ſummam
condemnato, pater tenetur actione judicati de
peculio. Nam hìc pater non convenitur ex deli-
cto filii, ſed velut ex contractu. Quippe etiam
judicio cum filio contrahitur, ſicut ſtipulatione,
l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul. Sed nec ulla alia
actione ex delicto filii pater conveniri poteſt: do-
minus autem ex delicto ſervi alia tenetur, nempe
actione noxali, *inf. tit.* 8. Cæterum verbo contra-
ctus & quaſi contractum hìc intelligere debemus,
puta tutelam, negotia à filiofam. aut ſervo ge-
ſta, quorum nomine etiam de peculio adverſus
patrem & dominum actio eſt, *l. ex facto. 52. de pe-
cul. l. 14. de neg. geſt. l. ex contractibus. 49. de obl.
& act. l. 1. C. quod cum eo.* Neque hoc novum eſt,
ut quaſi contractus abſolutè contractus vocetur,
*l. ſed etſi. 16. de neg. geſt. l. ult. in quib. ca. pign. tac.
d. l. ex contractibus. 49. de obl. & act.* Illud obiter 7
notandum, eſſe quoſdam contractus & cauſas, ex
quibus ſervus & filiusf. dominum aut patrem de
peculio non obligant. Dominum placet non te-
neri ex his quatuor; ſi ſervus fidejuſſerit; ſi libe-
rum ſe mentitus judicium ſuſceperit; ſi compro-
miſerit; ſi jusjurandum detulerit, *l. 3. §. ſi filiusf. 5.*

& §. ſi ſervus. 8. cum ſeq. l. 5. §. 2. de pecul. Pater autem ex una tantùm cauſa non tenetur, nempe ſi filius mutuam pecuniam acceperit; idque propter Senatuſconſultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac cauſa actionem aut in filium aut in patrem dari. De quo pluſcula ſuo loco *in fin. tit. ſeq.*

Ipſo jure] Ipſo jure idem hìc valet, quod jure civili, uti & in *§. 1. inſ. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. uſusfr. quemad. cav. l. 1. §. ult. de ſuperfic.* Hæc igitur hujus loci ſententia eſt, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & ſervorum adverſus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum ſit teneri eos peculio tenus. Poteſt & locus ſic explicari, ut ipſo jure dictum intelligamus pro mera & ſtricta juris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, niſi factum patris & domini ſimul reſpicias, qui peculium, éjuſque ceu patrimonii cujuſdam adminiſtrationem filiis & ſervis conceſſerunt.

Condemnari eos] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo. l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum eſſe; quia prævenisſe dominus, & eum ſervo egiſſe videatur. Item ſi quid his debetur, qui ſunt in ejus poteſtate. Actionis de peculio apud nos nullus uſus eſt.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

11. *Item ſi quis poſtulante adverſario juraverit, deberi ſibi pecuniam, quam peteret, neque ei ſolvatur, juſtiſſimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, ſed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis ſit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus?*
2 *In perſonam eam eſſe, quacumque ex cauſa juratum ſit.*
3 *De quo genere jurisjurandi hìc tractetur?*
4 *Quam ob cauſam hæc actio à prætore introducta, cui, adverſus quem, quo effectu, detur?*

INter actiones, quæ à prætore proditæ in perſonam ſunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam eſſe, non conſtitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, niſi ei, cui quid debetur: nec ſatis eſt, in judicio dicere, ſibi quid deberi, niſi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non propriè & verè. Cur autem prætor hìc actionem conſtituerit, paulo poſt audiemus. In perſonam eſt, utpote proficiſcens ex conventione, *l. qui juraſſe. 26. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cùm in
1 actione in rem juratum eſt. Sed quoniam in univerſum parum liquet, qualis ſit hæc actio, (nam & veterem hìc actionem dari legimus, *l. ſi duo. 13. §. 3. & ſeqq. eod. l. 7. §. ſi petenti. 7. de public. in rem act.* & utilem interdum, *l. ſed ſi. 11. §. ult. l. quod ſi. 29 de jurejur.* ſæpe etiam & paſſim in factum) diligentius inquirendum eſt, quid de ea re habendum ſit. Ego ſic ſentio, verbis has actiones diſtingui; cæterum re ipſa una tantùm eſſe, eamque ex ſolo jurejurando naſci, certè una hac cauſa & defenſione niti, quia juratum eſt. Porro hanc eamdem modo in factum, modo utilem à Conſultis vocari, modo ſub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari ſolet, cùm dedi aut feci quid, ut viciſſim dares aut faceres: juravi enim, te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod.* junct. *l. 1. & 2. de præſcr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cùm conventio hìc aperta non ſit, non potuit dari ex jurejurando actio præſcriptis verbis ſeu in factum civilis; ſed datur in factum prætoria, id eſt, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, ſed verbo magis, quàm re: nimirum ob veterem cauſam, quam initio obtendere ad exiſtimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ cauſæ intentione nititur, quæ non aliunde naſcitur, quàm ex jurejurando: quapropter etiam in hoc ſolùm conſiſtit; cujus proprium eſt, ut non aliud quæratur, quàm an juratum ſit, omiſſa quæſtione, an ex priore cauſa debeatur *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur.* Et hoc eſt, quod Paulus ſcribit, in *l. eum qui. 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem cauſam exerceri, ſed jusjurandum actoris conſervari. Planè juramentum præſtitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari poſſit, *d. l. eum qui. 30.* ſed nemo, qui ſapit, neceſſitati probandi ultro ſe ſubjicit. Oldend. *claſſ. 1. act. 9. in affin. rem.* Don. *c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiſcitur hæc actio ex conventione, *l. ſed* 2
& ſi. 25. & l. ſeq. in fin. eod. cui conſequens eſt, in perſonam eam eſſe, non in rem, etiam tunc cùm quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, ſuam eſſe. Nam cur hìc quoque non ſit actio in perſonam, cùm ſit pariter ex jurejurando, id eſt, ex conventione, cujus generis actiones omnes in perſonam ſunt, nulla in rem? Neque obſtat, quod petitor, qui deferente poſſeſſore juravit rem ſuam eſſe, ex hac parte edicti agens, intendit, rem ſuam eſſe, ut juravit; quæ intentio eſt actionis in rem. Nihilominus enim in perſonã agere intelligitur hoc ipſo, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hìc actio in factum dari dicitur, quæ utique in perſonam, *l. 11. §. 1. eod* Denique illud conſtat, non dari eam adverſus quoſcumque poſſeſſores, ut natura eſt actionum in rem, ſed adverſus eum dumtaxat, qui jusjurandum detulit, eoſve, qui in locum ejus ſucceſſerunt, *l. 9. §. ult. & l. ſeq. eod.* & ideo quamvis alii hìc utilem in rem dari cenſent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil intereſſe fatentur, in perſonam, an in rem hìc agi dicamus. Donellus exi- 3
ſtimat, tractari ſolùm hoc loco de jurejurando, quo res tranſigitur nulla interveniente ſententia,

& ni-

Digitized by Google

& nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cœpto ſeu ante litem conteſtatam ex conventione actori defertur. Nam ibi ſententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, ſed locum eſſe actioni judicati dumtaxat, videlicet cùm jusjurandum actori defertur poſt litem conteſtatam: ſive à reo approbante judice, quod propriè vocatur judiciale; ſive à judice in cauſa dubia & laborante inopia probationum, etiam reo invito, ſecundum *l. admonendi.* 31. *de jurejur. l.* 3. *C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur neceſſarium. His enim caſibus judicem præſtito jurejurando quaſi re ſatis probata, ſecundum eum ſententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum.* 34. §. *ult. d. l. admonendi.* 31. *eod.* De jurejurando neceſſario aſſentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio naſcatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet ſententia ſecuta ſit; ſcilicet præter actionem judicati. Nam non eſt novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obſtat *l.* 34. §. *ult. de jurejur.* & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex *l.* 8. *C. de reb. cred. l.* 3. *pr. &* §. 1. *l.* 9. §. *ult. l.* 30. §. 3. *de jurejur.* Atque in *d. l.* 34. §. 7. *eod.* petitori, cui relatum eſt jusjurandum, ſi jurare recuſet, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agit, arguit relatio, cui involuntario non eſt locus, *l.* 17. *pr. eod.* Oſvvald. Hilling. in Don. *lib.* 24. *C.* 18. E. Mudæus *ad hunc* §. *n.* 3.

Poſtulante adverſario] Id eſt, conditione jurandi ab adverſario delata. Nam ſi quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, prætor id jusjurandum non tuetur, quaſi ſibi juraverit. Et alioqui facillimus quiſque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum ſe liberaret, *l.* 3. *de jurejur.*

Juraverit] At cùm jurare paratus eſſet, remiſ-
4 ſum ei fuerit jusjurandum. Nam remiſſi eadem vis, quæ præſtiti, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 1. *eod. l.* 1. *l.* 8. *C. eodem.* Remittit autem, qui deferente ſe cùm paratus eſſet adverſarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate ſuſcepti jurisjurandi, *l.* 6. *eod.*

Juſtiſſimè accommodat ei talem actionem] Juſtiſſimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & conſenſus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, ſi actor juraverit, paratum ſe ſtare jurijurando, id eſt, præſtare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum ſervari propter religionem & conventionem, *l. ſed & ſi.* 25. *& l. ſeq.* §. *ult. eod.* item ſpeciem tranſactionis continere, *l.* 2. *eod.* id eſt, jurejurando negotium quaſi tranſigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi.* 31. *eod. l. quod ſi.* 21. *de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo ſcilicet major ſit facultas litium expediendarum, *l.* 1. *eod.* Conſtituta eſt igitur actio ei, qui juravit, quid ſibi deberi, aut ſuum eſſe, adverſus eum, qui jusjurandum detulit: & conſtituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, iſta ex contrario, ſi actore deferente juraverit reus ſe nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua *inf. ſub tit. de except.* §. 4.

Sed an juraverit] Διὰ τὸ εἶναι τὸν ὅρκον. Dato igitur jurejurando vel remiſſo, non aliud quæritur, quàm an juratum ſit, an parato jurare jusjurandum remiſſum, inſuper habita quæſtione, an debeatur, quaſi id ſatis probatum ſit jurejurando, *d. l.* 5. §. 2. *l.* 9. §. 1. *eod l. poſt rem.* 56. *de re judic. l. ſi quis.* 11. *in fin. C. de jurejur.* ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius cauſæ fiat exordium. Et omnino qui adverſarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renunciaſſe intelligitur, quæ ante jusjurandum præſtitum objici, jurisque jurandi præſtationem impedire aut remorari potuiſſent. Utique tamen ſalvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in cauſa judicati objici potuiſſent, *l. eum qui.* 30. §. *ult. eod.* Ant. Fab. *C. ſuo. eod. tit. defin.* 11. An jusjurandum prætextu aliquo, ſive inventionis novorum inſtrumentorum, ſive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus conſtituta ſit, diſputare non eſt hujus loci. Conſulantur DD. in *l.* 1. *l.* 2. *& l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.*

Textus.

De actionibus pœnalibus.

12. *Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex ſua juriſdictione introduxit: veluti adverſus eum, qui quid ex albo ejus corrupiſſet: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocaſſet, cùm id non impetraſſet: item adverſus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cujusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.*

Notæ.

12. *Qui quid ex albo*] In eum, qui album prætoris juriſdictionis perpetuæ cauſa propoſitum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum*, *l.* 7. *de juriſd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conſcripta proponebantur, ut unicuique legendi poteſtas eſſet.

Cùm id non impetraſſet] *l.* 4. §. 1. *& deinceps. l.* 5. *cum* 3. *ſeqq. de in jus voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum judicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

Qui vi exemerit] Adverſus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æſtimata, *l.* 1. *l. pen. & paſſ. ne quis eum, qui in jus voc. &c.*

Commentarius.

1 *Quale judicium edicto conſtitutum in eum, qui album corrupit? & quid hoc loco ſit album?*
2 *Quid edictum perpetuum, quid temporale? & cur illud corrumpens actione populari teneatur,*

Digitized by Google

non item qui hoc: & utrum pœna fiſco applicetur, an litem occupanti?

3 *Qui in totum, & qui ſine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui ſine venia vocavit, qua actione teneatur?*

4 *Quæ cauſa prætorem moverit, ut patronum & parentem niſi venia impetrata vocari noluerit? problematicè.*

5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extenſio.*

6 *Quale judicium conſtitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit? Hodie vix huic locum eſſe.*

7 *Recenſentur pleraque aliæ actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in perſonam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio geſto proficiſcuntur, reique perſecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipſe prætoriæ ſunt & perſonales, ſed ex delicto veniunt, & pœnæ perſecutionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente ſine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

Pæne multas] Pro *pæne* videtur legendum *bene*, id eſt, valde: nam *bene* particula veteribus ſæpe eſt *αὐξητικὴ*, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero *lib.2.de Orat.cap.* 88. *Habetis ſermonem bene longum*. Idem *in Rull.cap.22. Adoleſcens non minus bene nummatus, quàm capillatus.* Oppius *de bell. Hiſp. cap.* 12. *Cùm bene magnam multitudinem telorum injeciſſent*. Et mox, *cap.*13. *Cùm bene magnam partem muri conſumpſiſſent*.

1 *Qui quid ex albo*] Exemplum primum actionum pœnalium ex juriſdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corrupit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l.7.in pr. de juriſd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *quingentorum aureorum*. Quod D.Cujacio, *Lib.*10.*obſ.*10. & quibuſdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti. Quamquam vix eſt, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari ſolet. Buſ. *ad d.l.* 7. Album hoc loco ſignificat tabulam gypſatam, in qua edictum perſcriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi poteſtas eſſet.

2 Cùm autem duplex edictum ſit, unum perpetuum, quod per univerſum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet cauſis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad cauſas ſingulas & oborta negotia accommodatur, quale eſt citatorium & peremptorium, *l. ad peremptorium.* 68.*cum ll.ſeqq.de judic.* ſciendum eſt, pœnale hoc judicium conſtitutum adverſus eos tantùm, qui quod juriſdictionis perpetuæ cauſa propoſitum eſt, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *d. l. 7. de juriſdict.* Illi auctoritatem magiſtratus violant, & ideo ipſam quodammodo rempub. civeſque univerſos lædere videntur: unde quoque eſt, quod hoc caſu populare judicium prætor propoſuit, id eſt, unicuique ex populo eo nomine actionem conceſſit, *d.l.* 7. Hi tantùm privatos offendere intelliguntur, nimirum eos ſolos, quorum gratia edictum propoſitum erat: & proinde ſufficit, hos ipſos injuriam ſibi factam privata actione perſequi poſſe. Diſſent. Gomez. *hic num.* 9. cujus ſententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupiſſet*, ſcilicet dolo malo; nam quod quis per imperitiam, ruſticitatem, aut caſu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. l.* 7. *in pr. & §. doli.*4. Tenetur verò hoc edicto non tantùm qui corrupit, ſed etiam qui ſuſtulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. l.* 7. *§. ult.* Quæritur autem, cùm actio ex hoc edicto popularis ſit, utrum pœna fiſco applicanda, an privato litem occupanti. Sed verius eſt, litem occupantis lucro eam cedere; per *l.* 12. *de verb. ſign.* & ita poſt DD. comment. Gomez. *hic*, *n.*29. Schneid. *num.* 28.

Qui patronum vel parentem in jus vocaſſet] Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis 3 de patrono aut parente ſine venia in jus vocato. Quædam perſonæ ſunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur ſine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magiſtratus, qui imperium habent: item omnes, qui neceſſaria aliqua occupatione, ſive privata, ſive publica, aut religioſa, diſtinentur, *l.2.cum 2.ll.ſeqq. de in jus voc.* ſed hæc prohibitio temporalis eſt, finitoque magiſtratu aut negotio expirat. Sine permiſſu ſuo prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adverſus hanc partem edicti fecerit, pœnale judicium quinquaginta aureorum, parenti, patrono, &c. conſtituit, *l.4.cum aliquot ſeqq. l. pen. & ult. d. tit. l.* 1. 2. 3. *C. eod.* Cauſam huic edicto dediſſe 4 exiſtimant veterem judiciorum Romanorum morem; ſic enim jus fuiſſe olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret; quod filio in patrem, liberto in patronum ſine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere Duar. 1. *diſput.* 1. Ræward. *cap.* 5. *ad l.* 12. *tabb.* Cujac. 10. *obſ.* 10. Hotom. Don. Vult. *ad hunc §.* qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri ſolitam fuiſſe non tantùm ſine ullo apparitore præceptove judicis, ſed paſſim etiam licuiſſe adverſario vocatum, ni confeſtim iret, vocantemque ſequeretur, aut ſatis vel cautum daret, ſe certo die affuturum, teſtibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non poſſunt, ut credant, violentam illam ductionem ſimpliciter & in quoſvis permiſſam fuiſſe. Quid enim, ajunt, tam alienum a diſceptationibus civilibus, quàm judiciorum omnium exordium fieri ab impreſſione & violentia? Nec verò illa, quæ ſunt apud Comicos, *In jus ambula*; item *In jus eamus*, & apud Pli-

Plinium *in Paneg.c.36.In jus veni. Sequere ad tribunal*;manus arguere injectionem.Illa quidem arguere,quæ legitimus *in Eunucho* 4,6,31 *.In jus ducito* . In *Aulularia* 4, 10, 30. *Ad prætorem ſerapiam* . In *Rudent*.3,6,15 *.Rapior obtorto collo*. Item apud Horatium 1. *Satyr.9 v.77. Rapis in jus* . Sed Horatium apertè loqui de vadimonii deſertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & viliſſimum habebatur. In hujus tantùm generis homines, aut ejuſdem vilitatis, in deſertores vadimonii, aut latitantes, ſi in publico occurriſſent, violentiam iſtam impune exerceri potuiſſe. Non obſtare huic ſententiæ edictum, *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat* . Nam & eum, qui ſequitur, aut ſequi paratus eſt, vi eximi poſſe, ne eat. Nec verbum *ducere*, quo utitur Juriſconſultus in *l.5.§.1.qui ſatiſd.cog.* hoc enim de volentibus propriè dici;ut in illo Senecæ: *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt*. Quod autem parentes & patroni ſine permiſſu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatuſque, ſi ire recuſaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto ſine venia permittendum non fuerit, propter reverentiam parenti & patrono debitam: ſed quia hoc ipſo, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere poſſunt? His ergo rationibus moti exiſtimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, ſed ad ſimplicem vocationem ac denuntiationem: raptioniſque violentiam non in quoſvis cives, ſed tantùm in perſonas viles, & deſertores vadimonii exercitam fuiſſe. Sententia eſt D. Joan. Vaudi *lib.2. quæſt.26.* & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l. 11. l.16.l.18.& ſeq.l.22.d.tit.l.2.§.1.ſi quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus ſcribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente judice multari: & ſi actoris nihil intereſt, adverſarium ſuo tempore
5 veniſſe, pœnam à prætore remitti. In his regionibus ea pars edicti, quæ eſt de magiſtratibus in jus non vocandis, non obſervatur: ſed poſſunt magiſtratus, omneſque, qui publico aliquo munere funguntur, æquè ac quivis privatus in jus vocari, *art.instruct.Cur.Holl.* 8.12.& 38.Buſ.Mornac. & Autumn. *ad l. 2. de in jus voc.* Zypæ. *not. jur.Belg.eod.verſ. magiſtratus*. Cæterum in cauſis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diverſa. De qua vide Merul. *lib.4.diſt.4. ſect.1.tit.3.cap.* 4. Altera verò pars de parentibus ſine venia non vocandis, etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & juſſu magiſtratus per apparitores viatoreſve vocatio nunc peragatur. Dixi, juſſu magiſtratus: nam etſi apud nos inferioribus tribunalibus apparitores ſive nuntii nullo ſpeciali judicis mandato interveniente, nec libello ſupplice exhibito, (uti fit in Provinciali & ſuprema Curia,) ad ſolam petitionem actoris vocationem exequantur; id tamen faciunt quaſi ex tacito & generali magiſtratus mandato. Gudelin. *lib.4 de jur.noviſſ.cap.5.* Merul. *d.ſect. 1. tit.6.cap.12.* Chriſtin. *vol.2.deciſ.* 154. Perez. *C. de in jus voc.n.* 3. Enim verò venia in prima inſtantia ſemel impetrata, eam repetere in ſecunda non eſt neceſſe. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias perſonas extendunt. 1. Ad parentes ſpirituales, quos vocant, id eſt, eos, qui agere volentem de ſacro fonte Baptiſmatis levaverunt. Alex. Caſtr. & alii in *l. generaliter. 13. de in jus voc.* Schneid. poſt Angel. Jaſ. *hic.num.42.* Chriſtin. *vol. 2.deciſ.90.n.7.* 2. Ad ſocerum, ſocrum, vitricum, novercam, qui jure noſtro parentum loco ſunt genero, nurui, privigno, privignæ. DD. comm. in *d.l. generaliter.* 13. Fulgoſus tamen, & poſt eum Alex. *d.loc.* de vitrico & noverca diſſentiunt; & D. Merula *d.ſect. 1.tit.4.cap.12.* tradit, more noſtri fori vitricum & novercam poſſe ſine venia in jus vocari. Videndum an non probanda ſit diſtinctio Jaſonis *hic.num.75.* inter affinitatem durantem & diſſolutam, cum D. Diod Tuldeno *comm.ad tit.de pæn. tem.litig. infra cap.5.* 3. Ad præceptorem, quia & hic diſcipulo ſuo parentis loco ſit. Menoch. *2.arb. jud.quæſt.ult.* Alciat. in *l.1.C.de in jus voc.num.* 8. Verùm alii hoc improbant. Duar. *cap. 4.de in jus voc.* Jaſ. *hic.num.78.* Alex. in *d.generaliter.* 13. Plerique tamen horum diſtinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non ſit opus, in hac contra. Sed hoc admiſſo, præceptorem verbaliter ſine venia citari poſſe, fatendum eſt, edictum, ſecundum verum ejus ſenſum, de quo ſupra, ad præceptorem non pertinere. Quaſi ſi ſecundum mores hodiernos de reali citatione diſputemus, quæ in cauſis civilibus rariſſime locum habet, & non niſi ad commiſſionem judicis fieri poteſt, tanto minus hodie iſta diſtinctione utemur. Conſiderandum verò, an inter ipſos præceptores non ſit admittenda diſtinctio, ſeparanduſque à qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui ſimul & educator, vitæque & morum formator ſit, qualem veteres teſte Juvenale *ſatyr. 7. ſancti voluere parentis eſſe loco.* 4. Ad univerſitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non poteſt civis cujuſque univerſitatis aut civitatis ſine venia in jus vocare univerſitatem aut civitatem ſuam: quoniam non minus patriæ ſuæ quiſque, quàm parentibus debet. Grammat. *conſ. civ.* 40. Viv. *opin.* 119 *lib.* 2. Schneid. *hic.* poſt Ang Jaſ. *n.44.* Contrarium tamen cenſuit aliquando Curia Mechlin. teſte Chriſtin. *vol. 2. dec. 90. n. 7.* Poſtremo ſunt, qui nec dominum feudi à vaſallo ſine permiſſu judicis impune in jus vocari poſſe contendunt: inter quos & Merula noſter *d.c.* 12. Sed communis opinio contrarium tenet. Mynſ. *4.obſ.91.* Gail. *de pignor.c.15. n.6.* D. Præſ. Everh. *in locis legal.à libert.ad Vaſall. in fin.* Schneid *hic.n.45.* Grot. *2.manuduct.ca.41.in calce.* Planè ſi dominus feudi ſimul ſit & dominus

Digitized by Google

territorii, non poterit à vaſallo ſine venia vocari, non quia vaſallus, ſed quia ſubditus, cui utique dominum eumdemque Principem ſuum in jus vocare ſine petitione veniæ licere non debet, Gail. *d. cap. 15.* Rol. à Vall. *conſ.* 18 *lib.* 2. Alciat. *ad l.* 2. *C. de in jus voc.* Arnold. de Reyg. *in addit. ad obſerv.* Mynſ. 92. VINN. Sic ex uno abſurdo ſequuntur plura, ex una quæſtione ſupervacua ſexcentæ aliæ. Edicti prætorii de parentibus & patronis ſine venia non vocandis, non alia fuit ratio, quam quod in jus vocatio publicè ſub dio facta merito ignominioſa videretur. Sive enim rapi potuiſſe nolentes ire dicamus, ſive exiſtimemus, vocare tantum licuiſſe, parum verecundum profecto erat, filium patri, libertum patrono in publico occlamare: *ambula in jus*. Noluit itaque prætor eam vocationem, ſine venia fieri. At quid hæc cauſſa ad citationem hodie receptam? An & hæc patris, vel patroni pudorem ſugillat? Quidni ergo ceſſante in univerſum hujus juris ratione, ipſum jus ceſſat? Sed ita multa paſſim ſine delectu in fora recepta videas, quæ ipſi forte Romani, ſi ea apud nos fieri viderent, riderent. HEIN.

6 *Qui vi exemerit eum*] In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujuſve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore conſtitutum eſt, *l. 1. & paſſ. ne quis eum, &c.* Pœna autem longè alia eſt, quàm ſuperiorum: nam neque definita eſt, & admodum magna eſſe poteſt. Litis enim æſtimationem cogitur exemptor ſolvere, *l. pen. eod.* ubi Juriſconſultus ait, in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate eſt, ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, de qua controverſia eſt. Quod additum eſt, ut appareat, etiamſi calumniator quis ſit, tamen hanc pœnam eum perſequi. His autem verbis non ſignificatur, actorem in litem juraturum, ſed eam rem æſtimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamſi res non deberetur, tamen ejus æſtimationem ſolvat. Hodiernis moribus vix eſt ut huic judicio ſit locus.

7 *Et alias innumerabiles*] Ὑπερβολικῶς, pro *multas & varias*, veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in judicio ſiſtat; de dejectis vel effuſis; de ſuſpenſis vel poſitis; contra nautas, caupones, ſtabularios, *ſup. tit. præc.* contra calumniatores in quadruplum, §. 25. *inf. eod.* item contra menſorem, *tit. ff. ſi menſ. falſ. mod. &c.*

TEXTUS.

De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus ſit, vel ſervus, vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cæteræ ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.*

NOTÆ.

13. *Præjudiciales actiones*] Præjudicia ſive actiones præjudiciales rectè definiuntur à Theoph. formulæ ſola intentione conſtantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur reſtitui, ſed tantùm ut talis declaretur actor, qualem ſe eſſe contendit.

Unam legitimam cauſam] Utpote quæ ex lege 12. tabb deſcendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

Cæteræ ex ipſius prætoris] De partu tamen agnoſcendo quædam cauta ſunt SCtis, *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnoſc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera, & unde ſic appellentur?*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur?*
3 *De libertate inter quos agatur?*
4 *Inter quos verſatur quæſtio de ingenuitate?*
5 *Actio de partu agnoſcendo, cui, adverſus quem, quo effectu detur?*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hæc differat ab illa de partu agnoſcendo?*

DUobus generibus actionum conſtitutis, uno in rem, altero in perſonam, eorumque cauſis, quantum inſtituto convenire viſum eſt, expoſitis, occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deeſſe aliquid ſuperiori diviſioni, ac proinde eam vitioſam eſſe. Objici enim poteſt, actiones præjudiciales utique etiam actiones eſſe, uti nominantur: has autem actiones diviſione iſta non contineri; quippe quæ neque in perſonam, neque in rem eſſe videantur. Non eſſe in perſonam, ex eo apparere, quia non dantur adverſus eum, qui nobis obligatus eſt ad dandum aliquid vel faciendum; quod eſt proprium actionum in perſonam, *l. actionum. 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res noſtra, quæ ab alio poſſidetur, nobis reſtituatur; nullam verò hujuſmodi reſtitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur eſſe diviſionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Juſtinianus tacitè hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad ſuperiorem diviſionem pertinere; & nimirum eas videri eſſe actiones in rem: quàm rectè, videbimus inferius. Præjudiciales actiones ſunt, quibus inter aliquos agitur 1
de alterutrius ſtatu, dum aut unus alterius ſtatum oppugnans in eo aliquid juris ſibi vindicat, aut alter adverſus alterius oppugnationem ſtatum ſuum ſibi defendit. Omnis autem de ſtatu controverſia aut eſt de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ; unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber ſit, an ſervus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus ſit, an ingenuus: tertium de jure fami-

Digitized by Google

miſſiæ, in quo quæritur, utrum quis ſit filius, an non ſit: quæ genera etiam hìc propoſita ſunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties.* 18. *de prob. l. ult. ſi ingen. eſſ. dic. l.*3.§.2. *de agn. lib. l.* 1. §. 2. *de rei vind. l. actionis.* 37. *de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis cauſis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune eſt cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre eſt in *l. Papinianus.*8.§.*pen. de inoff. teſtam. l. per minorem.* 54. *de judic. l. fundum.* 16.*l. fundi.* 18.*l. rei.*21. *de except. l.*5.*in fin. de hæred petit. l. ult. C. eod.* ſed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi cauſa ex profeſſo inſtituuntur, atque ut inſtituuntur, ita & ſine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias perſonas, inter quas poſtea de eodem ſtatu quæſtio inciderit, *l. antepen. de ſtat. hom.* quamvis alias res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l.*1.§.*ult. l.*2.*l.* 3.*pr. de agnoſc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus eſſe poteſt: cæterum is actoris partes ſuſtinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter.* 12. *de except. l. circa.* 14. *de probat.*

2 *In rem eſſe videntur*] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non male in rem eſſe dicuntur: quoniam his omnibus, qui agit, aliquid ſuum vindicat & aſſerit; dominus ſervum ſuum in ſervitutem, ſervus libertatem, patronus jus patroni, libertus ingenuitatem, pater jus patris, filius jus filii. Sed non per omnia in rem ſunt, ut illæ, quæ propriè ita dicuntur: & ideo ait, *videntur.* Nam ex duobus finibus, cæteris propoſitis, priorem tantùm præ ſe ferunt, nempe ut talis declaretur actor, qualem ſe eſſe contendit. Nulla hìc petitur reſtitutio, cujus condemnatio ſequatur, ut fit in actionibus in rem propriè ſic dictis, *l.*9.*l. qui reſtituere.* 68. *de rei vind.* Quod etiam intellexit Theophilus, cùm præjudicium dicit eſſe formulam ſola intentione conſtantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum ſtatu adverſarii ſententia judicis ſemel conſtituto, actor præjudicium paratum habet, quo conſequatur commoda, quæ ex ſtatu naſcuntur, tribuunturque domino, patrono, patri, filio; quæ commoda qualia ſint, ſatis notum eſt. D. Herm. Vultejus *hic. & diſcept. ſcholaſt.* 3. contendit, præjudiciales actiones, contra quàm hic ſcriptum eſt, in perſonam eſſe, non in rem: ſed argumentis parum ſolidis, & quæ vel mediocriter in jure verſati facile confutare poterunt: qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol.*2. *diſp.*26.*theſ.* 4. ubi ex profeſſo Vultejum refellit.

3 *An aliquis liber*] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & cauſa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & C. de lib. cauſ.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, ſervum ſuum eſſe dicit; alter contra ſervum ſe eſſe negans, liberum ſe eſſe contendit. In domino ultro agente actionem agnoſcas confeſſoriæ ſimilem; in ſervo in libertatem proclamante ſimilem negatoriæ, *l.* 7. §. *ult. l.* 10. *de lib. cauſ.*

An libertus ſit] Secunda actio præjudicialis, 4
in qua quæſtio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum ſuum eſſe dicit, ſeque ei patronum eſſe: alter ſe ejus libertum eſſe negat, ſeque aut ingenuum planè eſſe, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum eſſe contendit. Prior jus patronatus ſibi vindicat actione velut confeſſoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa.*14.*l. quoties.*18.*de probat. l. ult. ſi ingen. eſſe dic.* Quæſitum eſt, an contra vaſallos noſtri temporis, qui nolunt dominum recognoſcere, utile hoc præjudicium detur. Negant Jo. Fab Zaſ. Schneid. *hìc. n.*20. & DD. comm. Alio autem pacto domino conſuli ajunt, quippe qui fundum tanquam commiſſum auferre poſſit.

De partu agnoſcendo] Tertia præjudicialis, in 5
qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, ſed de jure filii. Hujus generis duæ ſunt ſpecies: una, quæ hìc proponitur, de partu agnoſcendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoſcendo pro partu legitimo, & eo, qui ſit ex marito: quod cùm quæritur, vi ipſa hoc quæritur, an partus ſit filius & in poteſtate: altera, qua agitur in patrem & filium, in qua & ipſa idem illud quæritur, & apertè, an quis ſit filius & in poteſtate, nec ne. De partu agnoſcendo datur mulieri ſoluto matrimonio, contendenti partum legitimum eſſe, editumque ex eo, qui maritus fuit, adverſus maritum partus controverſiam facientem, ſive quod neget uxorem ſuam fuiſſe, ſive quod ex ſe prægnantem, *l.*1.§.*quemadmodum.* 11. *de agn. & alend. lib.* Itaque in hac controverſia intendit mulier, ſe & uxorem, puta Lucii Titii, fuiſſe, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro ſuo agnoſcat, & agnitum pro juſto filio habere atque alere cogatur, *d. l.*1.§. *pen. & ult.* Competit autem hæc de partu actio, ſive poſt divortium partus edatur, ſive conſtante adhuc matrimonio editus ſit, *l.* 3.§.1.*d. tit.* Sed etſi edatur poſt mortem mariti, de agnoſcendo eo cum avo agi poteſt, *d. l.*3.§.2 Illud hìc ſciendum eſt, permitti mulieri intra triginta dies poſt divortium denuntiare marito ſe ex illo prægnantem eſſe, *d. l.* 1. §. 1. qui ſi nec ipſe, nec alius ejus nomine reſponderit, non eſſe ex ſe prægnantem, etiam ſine judicio partum agnoſcere, & pro ſuo alere cogitur: quamquam non ideo partus illi filius & ſuus hæres efficitur, *d. l.* 1. §. *pœna.* 4. & §. *antep.* Quæ res facit, ut de eo judicio poſſit experiri, non quidem cum matre, ſed cum filio.

Altera ejuſdem generis actio eſt, qua agitur inter 6
duos, quorum unus ſe patrem dicit, alter negat: aut contra, unus ſe patrem negat, alter eum eſſe contendit. Pater ſi filium ſuum eſſe dicit, qui ſe filium ejus eſſe neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius ſuus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* Vice verſa, ſi quis pro filio non agnoſcitur, qui ſe

Digitized by Google

filium dicit, huic præjudicialis actio eſt adverſus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoſcatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *l.3.§.1. de agnoſc. & alend. lib.* Sed & neganti aliquem filium ſuum eſſe aliquando actione opus eſt, ut id ita eſſe declaretur; veluti cùm partus ex uxore editus eſt, & cùm illa denuntiaſſet ſe eſſe prægnantem, maritus non negavit. Hìc enim etſi in re dubia partus pro filio habetur, & alendus eſt, tamen non ideo filius efficitur & ſuus hæres, quod facit ſententia pro partu lata, *d.l.1. §. ult. de agnoſc. & alend. lib.* ſed veritati adhuc locus ſupereſt, & poſtquam verè conſtiterit filium non eſſe, ceſſat exinde alendi neceſſitas, *d.l.1.§. Juſtinianus.12. & §. antepen.* Dubium verò non eſt, quin hìc neganti actio in eam rem detur: & quæ datur, ipſa itidem ſit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria eſſe diximus. Et ex diverſo ſi quis pro filio habitus neget ſe filium eſſe, non eſt dubitandum, quin ſimiliter illi actio in eam rem danda ſit, ſicut ei datur, qui ſe negat eſſe patrem, ne ea quæ ſunt filii, præſtare cogatur. Ex his intelligi poteſt, longè diverſam eſſe hanc actionem à priore illa de partu agnoſcendo. Nam hìc inter patrem & filium controverſia eſt; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu ſoli matri adverſus maritum datur, non marito adverſus matrem. Hæc tam filio adverſus patrem, quàm patri adverſus filium. Illa datur matri ſolùm affirmanti partum juſtum eſſe, & mariti filium, neganti non item. Hæc ſic patri datur adverſus filium, ut detur & affirmanti filium ſuum eſſe eum, cum quo agitur, & contra etiam neganti: atque ex contrario, filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis ſit filius ex cauſa juſti partus, ſed ex quavis cauſa, qua quis jure civili juſtus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliiſque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, & conſequenter nomen, arma & inſignia familiæ ferre, feudaque & alias ſucceſſiones ſperare poſſit, cum Bart. Spec. Jaſ. Zaſ. concludit Schneid. *hìc.n.34.* Duo priora nobis incognita ſunt, quia ſervos aut libertos non habemus.

Una legitimam cauſam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem cauſam continet, civilis eſt legitima; utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubiè deſcendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc judicium conſtituta ſint, ut patet ex inſcriptionibus reſponſorum ſub *tit. de lib. cauſ.* reliquæ ex juriſdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoſcendo cauta ſunt Senatuſconſultis, *l.1. l.3.§.1. de agnoſc. lib.*

Textus.

An res ſua condici poſſit.

14. *Sic itaque diſcretis actionibus, certum eſt, non poſſe actorem ſuam rem ita ab aliquo petere:* Si paret, eum dare oportere. *Nec enim quod actoris eſt, id ei dari oportet: ſcilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ jam actoris eſt, magis ejus fieri poteſt. Planè odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum eſt, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur:* Si appareat eos dare oportere, *quamvis ſit adverſus eos etiam hæc in rem actio, per quam rem ſuam quis eſſe petit.*

Commentarius.

1 *Vix eſſe, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem ſuam ſibi dari petit.*
2 *Difficile expeditu eſſe, quomodo furi res condici poſſit, ſeu cum eo ſic agi, ut intendamus, eum rem noſtram nobis dare debere.*
3 *Condictionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo iſtud commodum conſiſtat?*

Confirmata diviſione actionum in rem & in perſonam, aliquid ſubjicit, quod ad vim diviſionis pertinet; certè olim pertinuit, cùm adhuc formulæ in uſu eſſent. Didicimus, actione in rem ſic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio poſſideretur, ſuam eſſe; actione in perſonam ita, ut dicat, adverſarium dare aut facere oportere, *§. 1. ſup. eod.* Quamquam quædam actiones perſonales ſunt, quibus hæc formula propriè non conveniat, ſeu in quibus propriè nec dari nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppoſitione infert, non poſſe eum, qui rem ſuam ab aliquo petit, hac intentione uti, *Ajo, te mihi dare oportere;* propterea quod verbum *dare*, cujus alias latior ſignificatio eſt, in hac formula ſignificet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat; quod autem alicujus eſt, id amplius ejus fieri non poſſe, *§ ſed ſi rem. 10. ſup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus cauſis idem nobis deberi poſſit, tamen ex pluribus cauſis idem non poſſe noſtrum eſſe, *l.14.§.2. de exc. rei jud. l. non ut. 159 de reg. jur.* Sic item in ſtipulationibus verbum dandi ſtrictè accipitur, *l. ubi autem. 75.§. ult. de verb. oblig.* indeque eſt, quod nemo rem ſuam ſibi dari utiliter ſtipulatur, *l. nemo. 82. d. tit. §.2. ſup. de inut. ſtip.* Cæterum hodie vix 1
eſt, ut perperam agere dici poſſit, qui rem ſuam ſibi dari petit, poſtquam formulis ſublatis viſum eſt ſufficere, actionem, modo aptam rei, & negotio congruentem, verbis quibuſvis commodis, &

id,

Digitized by Google

id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l.* 1. *&* 2. *C. de form. & imp. ſubl.* maximè cùm apud omnes auctores Latinos dare etiam pro reſtituere & tradere uſurpetur. Et bene obſervavit D. Hotom. id quod hìc Juſtinianus tradit, ita in actione in rem formulam judicii concipi non poſſe, *Si pares, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum eſſe, quo formulæ adhuc in uſu fuerunt, utpote deſcriptum ex commentariis veteris alicujus Juriſconſulti: add. Præſid. Everhard. *conſ.* 47. *num.* 6. Greg. Tholoſan. 43. *ſyntagm. cap.* 2. D. Tulden. *C. de form. & impetr. num.* 2. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 146. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. ubi tradit, libellos ſive concluſiones nunc formari ſecundum morem & ſtylum cujuſque Curiæ aut fori, ubi lis eſt: ſecus conceptas ab auditoribus explodi, & à judice rejici ſolere. Formulæ concluſionum apud nos uſitatæ in manibus omnium verſantur, bonamque earum partem congeſſit D. Merula *d. tit. cap.* 2. Plures auctor libri, cui titulus *Het nieu verbeterde ende vermeerderde Papegan.*

Plane odio furum] Exceptionis ſuperioris regula. Una in cauſa receptum eſt contra ſuperiorem definitionem, ut quis rem ſuam ab aliquo petens hac formula judicii experiri poſſit, *ſi pares, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adverſus furem, *l.* 1. *& paſſim de cond. furt.* Ulp. *l. ult. in fin. uſufr. qu. cav.* breviter regulam cum exceptione ſic expreſſit: *nemo rem ſuam, niſi furi, condicere poteſt*. Cur hoc in cauſa furtiva contra regulam receptum ſit, docet hìc Juſtinianus, nimirum propter odium furum, ut
2 pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix eſt, ut expediri queat, quomodo furi res condici poteſt, id eſt, ſic cum fure agi, ut intendamus, cum, quod noſtrum eſt, dare nobis oportere? Utique eo ſenſu, quo verbum dare in formula propoſita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic poteſt, ut quod meum eſt, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre poſſit, qui dominium non habet, quàm ſi res condicatur alii & ex alia cauſa. Quomodo igitur fur, qui dominus non eſt, domino, cui ſoli condictionem furtivam competere conſtat, *l.* 1. *de cond. furt.* rem dare poterit? Quod ſi hoc impoſſibile eſt, uti profecto eſt, abſurdiſſimum videtur, quod hic traditur, furem ſic conveniri poſſe, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eumdemque rei petitæ dominum. Nodus hic indiſſolubilis eſt, niſi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi propriè & ſtrictè acceptum, eoque intellectam tantùm dominii translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & impropriè ſumptum, ut eo vi ipſa ſignificaretur rei reſtitutio: quod & Gloſſ. hìc innuit, & facit *l. ſcire.* 29. §. 1. *de verb. obl.* Cæteroquin non video, quæ ratio dari poſſit, cur ex cauſa furtiva placeat eum rectè agere, qui rem ſuam ſibi dari intendit: ex cæteris autem cauſis ita perperam agi. Planè furi non tantùm ex eauſa furtiva, ſed & ex aliis quoque cauſis res condici poteſt: quod interpretes vulgo ſic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, *fac. l. ult. in fin. uſuſr. qu. cav. l. ſi urbana.* 55. *in fin. de cond. indeb.* junct. *l.* 15. §. 1. *eod. l. ſi procuratori.* 14. *in fin. de cond. cauſ. dat. l.* 6. §. *pen. l. rerum.* 25. *de act. rer. amot.* Gomeſ. *hìc. n.* 28. poſt Accurſ. Jo. Fab. Angel. Jaſ. In eadem cauſa cum furibus ſunt & raptores cæteriſque violenti poſſeſſores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino poteſt, *l.* 1. *in fin. cum l. ſeq. de cond. trit. &* 16. Donell.

Quo magis pluribus actionibus] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum eſt plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri poſſe, maximè ſi quarumdam vi & poteſtate fortius & efficacius teneatur. Itaque etſi adverſus furem præ- 3
ter actionum furti pœnalem eſſet & in rem actio, per quam dominus rem ſibi ſurreptam à poſſidente vindicare poterat intendendo rem ſuam eſſe: placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adverſus furem ejuſque hæredem domino dari, qua quidem & ipſe rem perſequeretur, ſed eam condicendo, id eſt, intendendo eam ſibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta eſt condictio furtiva, §. *ult. ſup. de oblig. quæ ex del. l.* 1. *& tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etſi tam condictio hæc, quàm rei vindicatio ſoli domino datur, tamen hoc intereſt, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet ſe dominum eſſe; in condictione ſatis eſt, ſi ſe dominum eſſe dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæſtionem dominii. Sed & abſurdum eſſet, ab eo, qui intendit, rem ſibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominii exigere. Quod autem ſoli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quàm ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc ſolùm, quod eorum intereſt, furtum factum non eſſe: in quo numero ſunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, §. *furti.* 13. *cum ſeq. ſupr. de obl. quæ ex del.* Alterum poſitum in eo, quod rei vindicatio non niſi adverſus poſſeſſorem eumve, qui dolo malo poſſidere deſiit, detur: condictio autem furtiva adverſus furem competat, etiamſi non poſſideat, nec dolo deſierit poſſidere, §. *ult. ſup. d. tit.* quamvis enim furtum ſine dolo non committitur, poteſt tamen poſſeſſio rei furtivæ ſine dolo, immo & ſine culpa furis, amitti. Hinc porro eſt, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de cond. furt. l.* 2. *C. eod.* & ibi poſt Bart. Baldum, Salicetum, Don. *num.* 19. Tulden. *ad d. tit. C. num* 4. Chriſtin. *vol.* 3. *deciſ.* 12. *num.*

Digitized by Google

num. 2. Nimirùm ut ajunt Juriſconſulti in *d. l.* 8. §. 1. *& d. l. ult. de cond. furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis eſt, ut obligationem perpetuet, id eſt, efficiat, ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque ſi res adhuc extaret, *l.* 5. *de reb. cred. l. ſi ſervum.* 91. §. *ſequitur.* 3. *de verb. oblig.* Idem verò effectus moræ non eſt adverſus poſſeſſorem, ſed qui rem ſine dolo poſſidere deſiit, ut maximè ei poſſit objici culpa, quod monitus aliquando rem non reſtituerit, vindicatione non tenetur, *l. qui petitorio.* 36. *de rei vind.* Planè mora judicialis etiam in vindicatione poſſeſſori nocet, pura ſi res poſſeſſa poſt litem conteſtatam periit, ſed ita ſi petitor rem acceptam diſtracturus fuerit, *l. item ſi.* 15. §. *ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui poſt litem conteſtatam poſſeſſionem ſine dolo aut culpa amiſit, abſolvendum eſſe, *l. ſin autem.* 27. §. 1. *eod.* Vide quæ nos *ſupr. ad* §. 2. *hujus tit.* Porro ex prædictis apparet, condictionem furtivam non magis in odium furis, quàm in favorem domini introductam eſſe.

TEXTUS.

De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in perſonam verò actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim eſt denuntiare, priſca lingua. Nunc verò abuſive dicimus, condictionem, actionem in perſonam eſſe, qua actor intendit dari ſibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. *Condictiones*] Quædam tamen actiones in perſonam hoc nomen ſibi velut proprium fecerunt, *l.* 36. *hoc tit.* ut condictio certi, indebiti, ſine cauſa, ob cauſam dati, triticiaria, ex lege, &c.

Condicere eſt denuntiare] Donat. *ad Phorm. act.* 1. *ſcen.* 2. Feſtus, *Condictio in diem certum eſt ejus rei, qua de agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, ſeu utriuſque litigantium. Condicere enim eſt ſimul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Vindicare quid? lis vindiciarum, vindiciæ, & alia.*
2 *Quid veteribus ſit condicere, & cur inde actio in perſonam dicta condictio?*
3 *Pro veteri condictione quid poſtea inſtitutum, & quid hodie?*

Hactenus in ſuperiore diviſione actionum in rem & in perſonam de re ipſa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipſorum generum, ut ſi quando nomina in libris juris occurrent, ut paſſim, ſciamus quæ ſpecies ex ſuperioribus ſignificetur, ad quas deinde jus de ſingulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones, vindicationes, in perſonam verò condictiones.* Eadem ſententia Ulpianus in *l. actionum.* 25. *de obl. & act. Actionum*, inquit, *duo genera ſunt, in rem, quæ dicitur vindicatio, & in perſonam, quæ condictio appellatur.* Pertinet verò hoc ex æquo ad omnes utriuſque generis ſpecies. Neque enim ſolùm actio, qua rem dominii noſtri petimus, vindicatio dicitur; ſed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti uſumfructum, ſervitutes, pignora, perſequimur, *l.* 1. *& paſſim. ſi uſufr. pet. & tit. ſi ſerv. vind. l. ult. de pign. act. l. ſi fundus.* 16. §. *in vindicatione.* 3. *de pign.* Et contra omnis in perſonam actio condictio dicitur: quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen ſibi velut proprium fecerunt, *l. ceſſat.* 36. *de obl. & act.* ut condictio certi, indebiti, ſine cauſa, ob cauſam dati, ex lege, &c.

Vindicationes] De origine hujus nominis non conſtat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotoman. exiſtimat, *vindico* verbum eſſe compoſitum à vim dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib.* 4. *de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conſeri & vim quamdam adhiberi ſolitam, quam Cicero in *orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib.* 20. *noct.* 10. feſtucariam appellat; quia feſtuca fieri ſolebat. Cæterum non ſine cauſa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum, quo etiam ultio ſignificatur, & maximè quia non vim dicere, ſed vim facere dicimur. Sed non eſt, quod de ratione nominis laboremus, cùm de ſignificatione conſtet. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud eſt, 1 quàm aliquid ſibi aſſumere, & ſuum eſſe dicere, ſive id dominium ſit, aut aliud jus, ſive poſſeſſio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cùm olim muruæ eſſent vindicationes, vid. *ſup.* §. 1. *ſub fin.* neceſſario eveniebat, ut in omni controverſia proprietatis ſimul ipſa quoque poſſeſſio dubia & controverſa efficeretur, ac proinde priuſquam judicium perageretur, & principalis quæſtio de proprietate terminaretur, ſententia ferenda eſſet ſuper poſſeſſione. Quæ controverſia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindiciæ* à vindicando, & numero quoque ſingulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Feſt. in voce *vindiciæ*, ubi Feſtus ait, Servium dixiſſe, *vindiciam eſſe, cum de aliqua re controverſia eſt, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præſenti apud prætorem: poſtea autem in agrorum controverſiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata, in qua Gellius 20. *noct.* 10. ſcribit litigantes tamquam in

toto

Digitized by Google

toto agro vindicare ſolitos fuiſſe. Hinc verò apparet, litem vindiciarum non pertinuiſse rantummodo ad quæſtionem de momentanea poſſeſſione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; ſed eo verbo veteres ſignificaſſe controverſiam de toto negotio, ſeu de poſſeſſione ſimul & proprietate. Quod etiam evidenter oſtendit locus Aſconii in *orat. 3. Verrin. cap. 45.* quem ideo adſcripſi. *Lis vindiciarum eſt*, inquit ibi Aſconius, *cùm litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum eſt quis debeat eſſe poſſeſſor. Et ideo qui eam tenet, ſatiſdat pro præde litis vindiciarum adverſario ſuo, quo illi ſatisfaciat, nihil ſe deterius in poſſeſſione facturum, de qua jurgium eſt. Rurſus ſponſione ipſe provocatur ab adverſario certæ pecuniæ aut æſtimationis, quam amittat, niſi ſua ſit hæreditas, de qua contendit.* Putaverunt, verbo vindiciæ ſignificari ipſam poſſeſſionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum eſt, ita falſum eſſe arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *poſtulare vindicias*, *dare vindicias*, hoc probant. Nam poſtulare vindicias ille dicitur, qui perit, ut ſecundum ſe vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum ſecundum aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare ſecundum aut contra aliquem dicimus, pro ſecundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere poſſeſſionem non dicitur, ſed bene, dicere vindicias, locutione ſcilicet figurata, pro dicere ſententiam in lite vindiciarum. Sanè veteres etiam res ipſas, de quibus controverſia erat, & glebas quoque, quæ ex agro ſumptæ in jus afferebantur, nonnumquam vindicias appellant, ſed per metonymiam ſubjecti. Nam in re controverſa fiebant vindiciæ, & in glebis tamquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipſo ſimul nos docet, quid propriè ſit vindicare, nimirum rem aliquam ſibi aſſerere & ſuam eſſe dicere. Hodie conſtat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum eſt.

2 *Condicere eſt denuntiare*] Quod Juſtinianus hìc ait, condicere priſca lingua eſſe denuntiare, id etiam Feſtus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *eſt dicendo denuntiare: & condictio eſt eius rei, quæ agitur denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act. 1. ſcen. 2. & tibi ſcribam dicam: à denuntiatione*, inquit, *in perſonam: ne diceret, non mihi denuntiaſti.* Theophilus tradit, priſcis temporibus moris fuiſſe, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adverſario ſuo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem perſequendam adeſſet. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus ſit condicere, multoque minus quam rationem habeat, quod inde actio in perſonam dicta ſit condictio. Itaque ſciendum eſt, verbo condicere non ſignificari unius actoris denuntiationem, ſed denuntiationem mutuam & utriuſque litigantium. Nam condicere valet ſimul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Feſtus quoque hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum tranſlatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, ſtatuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adſit: & vice verſa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. *ad Lentul. Fam. 1. ep. 9. Craſſus, cùm mihi condixiſſet cœnam, cœnavit apud me in mei generi Craſſipedis hortis.* Sueton. in *Tib. cap. 42. Sexto Claudio libidinoſo ac prodigo ſeni cœnam ea lege condixit, ne quid ex conſuetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adverſario ſuo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut ſponſorem dare compellebatur, fore, ut conſtituto die ſe judicio ſiſteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem conteſtatam fiebat. Conſtituto deinde à prætore judicio, diem committendi judicii ſimul dicebant, id eſt, communi conſenſu conſtituebant invicem denuntiando, actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori ſe eo die affuturum: idque uno verbo ducebant diem condicere, & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia verò ad hanc rem fere tertium ſive perendinum diem ſumere ſolebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Aſconio, qui *Verrina 3. cap. 9.* ſic ſcribit: *Comperendinatio eſt ab utriſque litigatoribus invicem ſibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cùm in rem aliquam agerent litigatores, & pœna ſe ſacramenti peterent, poſcebant judicem, qui dabatur poſt tertium diem: quo dato, deinde inter ſe in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* At enim cùm hæc ſive condictio, ſive denuntiatio, ſive comperendinatio omnibus in judiciis fieri ſoleret, ſive in rem, ſive in perſonam ageretur, quæ cauſa eſt, quod ſola actio in perſonam nomine condictionis deſignata ſit? Credibile omnino eſt, cùm ex duabus iſtis actionum ſpeciebus una certum & proprium nomen inveniſset, alteram, quia proprio carebat, nomine generis appellatam more loquendi communi, & juris auctoribus maximè uſitato. Itaque cùm actio in rem ſpeciale & proprium haberet nomen vindiciarum ſive vindicationis, actioni in perſonam nomen utriuſque judicii commune relictum fuiſſe. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus. VINN. Semper exiſtimavi, hanc rationem non ſufficere. Ea potius repetenda videtur à vetere more litigandi. In judiciis realibus vis quædam imaginaria vel manus injectio obſervabatur: unde illa dicebantur VINDICATIONES. Contra in perſonalibus nulla vis imaginaria, nulla manus conſertio, ſed tantum verbis inter ſe agebant, & ſponſionibus ſe provocabant litigantes. Unde actionibus his CONDICTIONUM nomen datum, quia ſibi invi-

ecm

Digitized by Google

cem condicebant, id eſt, promittebant per ſponſiones, e.g. Actor reum provocabat: *Spondes ne centum, ſi dare facere debebis?* reſpondebat reus: *ſpondeo*, ſimulque actorem provocabat: *Tu vero ſponden' centum, ni dare, facere debeo?* Reſpondebat actor: *ſpondeo*. Hoc verò & propriè erat *condicere*, id eſt promittere. Obſervabantur quidem tales ſponſiones etiam in judiciis in rem: ſed quum ibi vis imaginaria actus eſſet notatu digniſſimus, maluerunt ab illo nomen his imponere, *condictionis* vocabulo judiciis perſonalibus relicto. HEIN.

Nunc verò abuſivè dicimus condictionem] Rectè *abuſivè*; quia non eſt in re, quod verbo ſignificatur. Abuſus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in perſonam ejuſmodi condictionem habuit, à quo proficiſceretur. Re ſublata manſit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis pleriſque rebus priſcis adhuc appellationibus utimur, quantumvis uſu rei exoleto.

3 *Nulla hoc tempore denuntiatio*] Juſtiniani ætate vetus illa condictio & ſolemnis illa ad judicium denuntiatio obſoleverat. Suſtulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodoſius; quorum conſtitutio extat in *l. ſi quis. 6. Theod. de denunt. vel edict. reſcript.* Novella autem Juſtiniani lege certum tempus hanc in rem conſtitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut ſecum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. conteſt.* Nos hoc jure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, perſona vocati, locus, cæteraque circumſtantiæ deſiderare videntur. D. Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 4. c. 14.* Gail. *1. obſ. 74. n. 16. & ſeqq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

16. *Sequens illa diviſio eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ perſequendæ, quædam mixtæ ſunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid hic vocetur rei perſecutio, quid pœnæ: & uſus hujus diviſionis?*

PRoponitur hìc alia actionum diviſio ſumpta ab objecto, quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Diviſio hæc eſt, quod quædam actiones rei perſequendæ gratia comparatæ ſunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quàm rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, ſequentibus aliquot §§. exponit Juſtinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei perſecutio, quid pœnæ, cujus tamen explicatio ad illuſtrandam diviſionem vel maximè facit. Sed quod hìc 1
omiſſum eſt, docebit nos definito rei perſecutoriarum à Paulo tradita *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Illic enim ſic Juriſconſultus ſcribit: *Illæ (actiones) rei perſecutionem continent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt.* Opponit Juriſconſultus perſecutionem ejus quod ex patrimonio nobis abeſt, perſecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ perſecutionem habere, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis non abeſt. Ex patrimonio nobis abeſſe dicuntur hæc quatuor: quod eſt in patrimonio noſtro, ſed ab alio tenetur; quod eſſe deſiit, ſed ex obligatione nobis reſtituendum eſt; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis abeſt, æſtimationem continet, qualis eſt æſtimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. jur.* item pœna conventione promiſſa, quæ & ipſa caveri ſolet loco ejus, quod intereſt, *§. ult. de verb. obl. l. ult. de præt. ſtip.* Quare quæcumque ſunt actiones, quibus horum aliquid perſequimur, eas dicemus eſſe rei perſecutorias: quod ipſum etiam ſpecies ſubjectæ declarant. Et rurſus ex contrario, quæ alicujus rei ex ſuperioribus perſecutionem non habent, eas dicemus eſſe pœnales. In ſumma, rei nomine hoc loco continetur, quicquid eſt extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea dumtaxat, quæ jure certo conſtituta eſt. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ ſint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Uſus diviſionis propoſitæ præcipuus & hujus loci proprius eſt, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Eſt verò & ſecundarius, ut dignoſcatur, quæ actiones ſint perpetuæ, quæ temporales, quæ in heredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *ſub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

De rei perſecutoriis.

17. *Rei perſequendæ cauſa comparatæ ſunt omnes in rem actiones. Earum verò actionum, quæ in perſonam ſunt, ea quidem, quæ ex contractu naſcuntur, fere omnes rei perſequendæ cauſa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in ſtipulatum deductam, petit actor: item commodati, depoſiti, mandati, pro ſocio, ex empto, vendito, locato, conducto. Planè ſi depoſiti agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum ſit, in duplum actionem prætor reddit, ſi modo cum ipſo, apud quem depoſitum ſit, aut cum herede ejus de dolo ipſius agitur: quo caſu mixta eſt actio.*

Digitized by Google

Notæ.

17. *Quæ ex contractu naſcuntur*] Illæ omnes rei perſecutionem continent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt, *d. l. 35. hoc tit.* Ex patrimonio nobis abeſſe dicitur. 1. quod eſt in patrimonio, ſed ab alio tenetur. 2. quod eſſe deſiit, ſed ex obligatione reſtituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abeſt, æſtimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promiſſam, *§. ult. ſup. de verb. obl.*

Commentarius.

1 *Actiones in rem omnes rei perſecutoriæ.*
2 *An perſonalium ex contractu aliæ mixtæ, quàm illa ex depoſito miſerabili?*
3 *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantùm ex proprio dolo detur?*

1 Omnes *in rem*] Actiones in rem omnes comparatæ ſunt rei perſequendæ gratia; quippe quibus omnibus ſine exceptione perſequimur, quod ex patrimonio nobis abeſt, videlicet rem noſtram aut ad jus noſtrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obſtat, quod in his actionibus ob contumaciam non reſtituentis in litem jurari ſolet, *l. qui reſtituere. 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur.* & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cùm actori permittatur rem æſtimare etiam ultra rei pretium, *l. 1. l. 8. d. tit.* Nam hæc ipſa pœna nihil aliud eſt, quàm æſtimatio ejus, quod actori abeſt; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti ſit: ſed tamen quam actor dicit rei ſuæ, quem æquum non eſt cogi ſuo pretio rem ſuam æſtimare, *d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot.* Atque ut hæc æſtimatio reo pœna ſit, tamen ea non petitur actione, ſed ex officio judicis, quod actioni ſubſervit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quàm rem ſuam petit; & illa quoque ipſa æſtimatio actori eſt rei ſuæ perſecutio, utpote qui ultra id quod ei abeſt, nihil conſequitur, ſi ſpectamus pretium, quo rem ſuam æſtimat: quod ſanè æquiſſimum eſt, arbitrio domini definiri, *d. l. 8. de in lit. jur.* Ita ferme & DD. vulgo.

Quæ ex contractu fere omnes rei perſequendæ] Actiones quoque in perſonam, quæ ex contractu naſcuntur, rei perſecutoriæ ſunt: quoniam & his nihil aliud perſequimur, quàm quod nobis abeſt.
2 Particulam autem *fere* addidit propter actionem depoſiti miſerabilis, quam & ipſe mox excipit, & mixtam eſſe dicit. Fortaſſis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta eſt, licet ex quaſi contractu veniat, *§. ut autem. 19. inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *l. redhibitoria. 45. de ædil. edict.* ſed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quàm quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti ſolet, *fac. l. cum autem. 23. §. ſi ſervus. 4. d. titul.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, ſed rei perſequendæ cauſa inſtituitur: quia ex ſtipulatione duplæ competit, *l. 2. & paſſ. de evict. l. quod ſi nolit. 31. §. qui aſſidua. 20. de ædil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.] In eum, qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa depoſitum inficiatus erit, ejuſve hæredem fraudulentum, actio in duplum à prætore redditur,
l. 1. §. 1. depoſ. Merito has cauſas deponendi à 3
cæteris ſegregavit prætor: primum quoniam in aliis caſibus ſpatium deliberandi datur, cui res committenda ſit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in caſibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc verò ſingularis eſt, & majore odio digna, quod ubi miſericordia opus eſt, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l. §. 2. & ſeqq. depoſ. l. 1. & paſſim de incend. ruin. naufrag.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit: quoniam hæc in duplum actio non niſi adverſus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantùm in ſimplum actio eſt, *d. l. 1. § hæc autem. 4. depoſ. §. ſed furti. 28. inf. hoc tit.*

Aut cum hærede ejus de dolo ipſius] De dolo ipſius, hæredis ſcilicet. Hac enim adjectione Juſtinianus ſignificare voluit, actionem depoſiti miſerabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cùm ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam ſi cum eo agatur ob dolum defuncti; nam tunc in hæredem in ſimplum dumtaxat hoc judicium datur, *d. l. 1. §. 1. l. 18. depoſ.* Non obſtat, quod paſſim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in ſolidum dari, licet ob dolum eorum, quibus ſucceſſerunt, conveniantur, *l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. cum ſimil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinent, ſed ad eas tantùm, quæ ſunt rei perſecutoriæ: & aliud eſt dari in ſolidum, aliud dari in duplum.

Textus.

De pœnæ perſecutoriis.

18. *Ex maleficiis verò prodita actiones, aliæ tantum pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ ſunt: aliæ tam pœnæ quàm rei perſequendæ; & ob id mixtæ ſunt. Pœnam tantum perſequitur quis actione furti: ſive enim manifeſti agatur, quadrupli; ſive non manifeſti, dupli; de ſola pœna agitur: nam ipſam rem propria actione perſequitur quis, id eſt, ſuum eſſe petens, ſive fur ipſe eam rem poſſideat, ſive alius quilibet. Eo amplius adverſus furem etiam condictio eſt rei.*

De

De mixtis, hoc eſt, rei & pœnæ perſecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta eſt, quia in quadruplo rei perſecutio continetur: pœna autem tripli eſt. Sed & legis Aquiliæ actio de damno injuria dato mixta eſt: non ſolùm ſi adverſus inficiantem in duplum agatur, ſed interdum & ſi in ſimplum quiſque agat: veluti ſi quis hominem claudum aut luſcum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, ſecundum jam traditam diviſionem. Item mixta eſt actio contra eos, qui relicta ſacroſanctis Eccleſiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommiſſi nomine, dare diſtulerint, uſque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipſam rem vel pecuniam, quæ relicta eſt, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTÆ.

18. *Aliæ tantùm pœnæ perſequendæ*] Paul. *l. 35. hoc tit.* perſecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abeſt, opponit perſecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ perſecutionem habent, quibus perſequimur, quod ex patrimonio nobis non abeſt, uno verbo, quibus perſequimur pœnam legitimam.

19. *Si adverſus inficiantem*] Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione creſcit in duplum, *§. ult. ſup. de obl. quæ quaſ. ex cont.*

COMMENTARIUS.

1 *Pro merè pœnalibus eſſe & certæ quantitatis pœnæ perſecutorias.*
2 *Quæ quibus exceptis mixtæ?*
3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cùm à parte actoris pœnales non ſint?*

EX maleficiis actiones quæ ſunt, omnes perſecutionem pœnæ habent: ſed quædam ex his pœnæ ſolius, pleræque autem pœnæ ſimul & rei: quæ proinde mixtæ ſunt. Duæ tantùm excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ ſolius rei perſecutionem continet, *l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. ſi mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.*

Pœnam tantùm actione furti] Actio furti ſive manifeſti ſive nec manifeſti ſolam pœnam perſequitur, *§. ult. ſup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Ejuſdem generis eſt & actio injuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abeſt, perſequimur, ſed tantùm vindictam criminis, *l. 7. §. 1. de injur.*
1 Pro purè pœnalibus
habendæ etiam ſunt actio, de albo corrupto, *7. de juriſd. § pœnalis. 12. ſup. hoc tit.* actio de parente aut patrono ſine venia in jus vocato, *d. §. 12. l. pen. & ult. de in jus voc.* item actio de ſuſpenſo & poſito, *§. 1. tit. præc. l. 5. §. prætor. 5. de his qui dejec.* denique omnes illæ, quibus non perſequimur duplum, triplum, aut quadruplum, ſed certam pœnæ ſummam delicto ſimpliciter impoſitam, ſine conſideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipſam rem propria actione perſequitur quis] Eam vel vindicando à quocumque poſſeſſore, vel condicendo furi ejuſve hæredi, *§. ult. ſup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum eſt.

Vi bonorum raptorum actio mixta] In actione vi bonorum raptorum quadruplum non eſt totum pœna, ut in actione furti manifeſti; ſed in quadruplo continetur & rei perſecutio, ut pœna tantùm ſit tripli, *ſup. vi bon. rapt. in pr.* ac proinde mixta eſt hæc actio.

Legis Aquiliæ actio] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam cauſam obtinet, ſeu partim rem, partim pœnam perſequitur, ſive adverſus confitentem agatur in ſimplum, quo caſu res æſtimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, *§. his autem. 9. & 14. ſup. de leg. Aquil.* ſive adverſus inficiantem, quo caſu lis creſcit & in duplum actio redditur, *l. inde Neratius. 23. §. pen. ad Leg. Aq. §. ult. ſup. de obl. quæ qu. ex contr.*
Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præ- 2
ter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ perſecutorias, quæ merè pœnales ſunt, & condictionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ ſunt rei perſecutoriæ, omnes ſunt mixtæ, id eſt, rei ſimul & pœnæ perſequendæ cauſa comparatæ. Veluti actio ſervi corrupti, *l. 14. §. in hac actione. 5. de ſerv. corrupt.* quod metus cauſa, *l. item ſi. 14. §. ſed & ſi. 9. & 2. ſeqq. quod met. cauſ.* de calumniæ, *l. 5. §. 1. de calum.* tripli & quadrupli ob majores ſportulas exactas, *§. 24. & ſeq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quaſi ex maleficio naſcuntur, ſimiliter mixtæ fere ſunt, ut intelligi poteſt ex his, quæ de hoc genere tradita ſunt
ſup. de obl. quæ qu. ex del. Illud ſciendum eſt, 3
quaſdam eſſe actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non ſint. Nam quoties actio factum punit, & in dolum tantùm concepta eſt, pœnalis habetur, eoque nec adverſus hæredes datur, quamvis propoſita ſit ei, cui eo facto quid abſit, atque ita rei perſecutionem contineat, *l. 9. §. 1. quod falſ. tut.* de quo diligentius diſſeruimus *inf. de perp. & temp. action. §. 1.*

Relicta ſacroſanctis Eccleſiis] Ex quaſi contractu actiones omnes rei perſecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abeſt, perſequimur; ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur *ſup. de obl. quæ qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere hic excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommiſſi nomine, quod relictum eſt Eccleſiæ aut

alis

aliis venerabilibus locis, puta noſocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Epiſc. & Cler.* Hæc actio duobus caſibus mixta eſt, & conſtituta in duplum, ſi reus inficiatus erit, ſi tamdiu ſolvere diſtulerit, dum in jus vocaretur, §. *ſed furti.* 26. *inf.* Scholiaſtes Theoph. *οὐ μόνον ἐξ ἀρνήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑπερθέσεως, ἡ διπλῶσις εἰσάγεται. τοῦτο εἴρηται βιβ. α. τοῦ κωδ. τι. γ. διατ. με.* hoc eſt, *l.* 45. *C. hoc tit.* in editione Gotofr. & Pacii eſt *l.* 46.

Textus.

De mixtis, id eſt, tam in rem, quàm in perſonam.

20. *Quædam actiones mixtam cauſam obtinere videntur tam in rem quàm in perſonam: qualis eſt familiæ erciſcundæ actio, quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune eſt, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & ſi unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

Notæ.

20. *Quæ competit cohæredibus*] Tres hæ actiones, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum deſcendunt, *l. 1. fam. erc. l. ult. fin. reg.* quæ ideo conſtitutæ, ut communio, cujus materia diſcordias excitare ſolet, (*l.* 77. §. 20. *de leg.* 2.) collatur. Pac.

Qui confines agros habent] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unuſquiſque ager propriis finibus terminatur.

In quibus tribus judiciis] Quid judicem in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat, explicatur plenius *inf.* §. 4. *& 2. ſeqq. de off. jud.*

Commentarius.

1 *Quo ſenſu & quam ob cauſam actiones hic propoſitæ dicantur mixtæ?*
2 *Judicium fam. erciſc. inter quos reddatur, & quid contineat?*
3 *Inter quos quà de re agatur communi dividundo?*
4 *Inter quos finium regundorum, & hujus rei gratia?*

Per occaſionem, quod proximè dixerat de actionibus mixtis, ſubjicit tres alias actiones, quas & ipſas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum: ſed quæ longè diverſi ſunt generis, longeque aliam ob cauſam mixtæ dicuntur, quàm dicuntur illæ, quæ tertium membrum ſuperioris diviſionis conſtituunt: non enim ideo has actiones mixtam cauſam habere dici, quod, ut ſuperiores illæ, conjunctim rei & pœnæ perſecutionem contineant, cùm omnes rei tantùm perſequendæ gratia comparatæ ſunt; ſed quia partim in rem eſſe videntur, partim in
perſonam. Ex quo ſimul illud intelligimus, 1
hæc eadem judicia alio quoque ſenſu hic mixta vocari, quàm quo mixta appellantur in *l. actionis.* 37. §. 1. *de obl. & act.* & alibi duplicia, *l. 2. §. 1. comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem perſonam ſuſtinet, actoris videlicet & rei, *l. in tribus.* 13. *de jud. l. judicium.* 10. *fin. reg. l. inter cohæredes.* 44. §. *qui familiæ.* 4. *fam. erc.*

Mixtam cauſam obtinere videntur tam in rem] In rem eſſe videntur, quia in his quiſque de re ſua agit ad inſtar ejus, qui vindicat. In perſonam ideo, quia dantur adverſus eum, qui propter communionem aut terminorum confuſionem nobis obligatus eſt. Notandum autem, quod non ſimpliciter ait, has actiones mixtam cauſam obtinere tam in rem quàm in perſonam; ſed obtinere videri: nimirum, quia id præ ſe ferunt. Revera autem ſunt actiones in perſonam omnino: quippe quæ tales origine & eſſentia ſua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem commune habent, *l. 1. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod fuſius à me expoſitum, *ſup.* §. 1. *hoc tit.* Vinn. Sed tu vide quoque ſis, quæ ibi adnotavimus. Hein.

Quæ competit cohæredibus de dividenda hæredi-
tate] Judicium familiæ erciſcundæ eſt, quod in- 2
ter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc eſt, quo hæres agit adverſus cohæredes ſuos, ut res hæreditariæ, prius indiviſæ, dividatur, & à communione diſcedatur, *l. 1. fam. erciſc.* Eſtque hæc princeps hujus judicii cauſa, ſed non ſola: nam & præſtationes quaſdam perſonales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum eſt obnoxius, *l. item Labeo.* 22. §. *penult. d. tit.* Ubi Ulpianus ait, judicium familiæ erciſcundæ ex duobus conſtare, id eſt, ex rebus, atque præſtationibus, quæ ſunt actiones perſonales. Rerum diviſio qualis ſit, tum quæ in hac diviſione adjudicatio, & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in in extremo hujus §. declaratur in *familiæ.* 4. *inf. de off. judic.* Præſtationes perſonales inducuntur aut lucri aut damni aut impenſarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut ſi quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteri hæredibus communicet, *l. inter.* 44. §. 2. *& 3. fam. erciſc. l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud.* Damni, ut ſi quid damni in rebus hæreditariis datum factumve eſt culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujuſque ſarciat, *l. hæredes.* 25. §. *non tantum.* 16. & §. *item culpæ.* 18. *famil. erciſc. cujus exempl. in l. & puto.* 16. §. *pen. l. inter.* 44. §. *quod ex facto.* 5. *eod.* Impenſarum, ut

Digitized by Google

ut ſi quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ ſunt, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, ei à cæteris pro rata refundatur, *l. his conſequenter.* 18. §. *ſumptum.* 3. *eod.* Eodem referimus, ſi unus pecuniam à defuncto ſub pœna aut pignoribus debitam ſolverit, *d. l. hæredes.* 25. §. *idem juris.* 13. *& ſeq.* Indicantur hæc genera in commune, *l. quibus caſibus.* 34. *pro ſoc.* in judicio communi dividundo, *l. 3. comm. div.*

3 *Communi dividundo, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune eſt, ut id dividatur*] Communi dividundo judicium eſt, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra cauſam hæreditatis communes ſunt: neque enim intereſt, communes ſint ex ſocietate, an ſine ſocietate, *l. 1. & l. 2. comm. div.* Finis hujus judicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præſtetur, quod alterum alteri præſtare oportet, lucri, damni, impenſarum nomine. Nam & hoc judicium iiſdem rebus conſtat, quibus ſuperius, rerum communium diviſione, & præſtationibus iiſdem perſonalibus, *l. 3. comm. div.* In diviſione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem.* 5. *infr. de off. jud.* quippe ſemota hæreditatis diviſione cætera ſunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. cætera.* 11. *comm. div.*

4 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent*] Finium regundorum judicium eſt, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id eſt, ad ſuam normam & certitudinem redigantur: & quod intra iſtos fines quiſque habet, id totum retineat; ſi quid amplius, id confini reſtituatur, *l. 4. pr. l. 8. in pr. & §. 1. fin. reg.* Sed & ſi fines commodè dirigi non poſſunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros diſtinguere. Quo caſu quia neceſſe eſt partem aliquam ex unius agro detrahi, & alterius agri domino adjici, ideo res tranſigitur adjudicatione & condemnatione, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. eod. tit. §. pen. inf. de off. jud.*

Ex bono & æquo adjudicare] Quid judicem hìc in unoquoque horum judiciorum ſequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. jud. §. ſi familiæ.* 4. *&* 2. *ſeqq. de off. jud.*

TEXTUS.

Diviſio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in ſimplum conceptæ ſunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

1 *An ulla actio plus quàm quadruplum perſequatur?*

TErtia hæc actionum diviſio eſt ſumpta & ipſa ab objecto, ſed ſuperiori diſſimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, reſne ſola, an pœna tantùm, an utrumque ſimul; hæc, quantum peti oporteat, & quouſque in pœna ſupra id, quod nobis abeſt, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat ſcire, quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *ſi quis agens.* 33. *inf. eod.* Ait Juſtinianus, actiones omnes vel in ſimplum conceptas eſſe, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quàm 1
quadruplum perſequi poſſumus? Si quis ſciens tignum vitioſum aut pecus morboſum vendiderit, reſponſum eſt, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præſtaturum, *l. Julianus.* 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abſtulit, ut naufragium fieret, cautum eſt Senatuſconſulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de inc. ruin. naufr.* Si ſervus hæres inſtitutus ante aditam hæreditatem occiſus ſit, etiam hæreditatis æſtimationem fieri, traditum eſt in *l. inde Neratius.* 23. *in pr. ad leg. Aq. §. illud.* 10. *ſup. eod.* Atqui in his omnibus litis æſtimatio longè excedere poteſt quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnum datum eſt. Reſpondemus, quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum eſſe de quadruplo ejus, quod culpa adverſarii actori abeſt; id verò, quod abeſt, & τὸ intereſſe actoris, etſi interdum longè & vel decuplo pluris æſtimetur, quàm quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum eſt, ſimplum tamen ſemper eſt reſpectu univerſi damni, quod actor ſenſit: & ideo quantacumque hæc ſit æſtimatio, non in duplum, & triplum, &c. actio concipitur, ſed tantùm in ſimplum, neque in id ſolum, quod actori per culpam rei abeſt: An in pœna conventionali quadruplum excedi poſſit, tractavimus ſupra *ad §. alteri.* 18. *de inutil. ſtipul.*

TEXTUS.

De actionibus in ſimplum.

22. *In ſimplum agitur, veluti ex ſtipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis cauſis.*

COMMENTARIUS.

IN ſimplum ſunt omnes actiones, quæ rei perſecutionem continent; utpote quibus unum & ſim-

& ſimplum, quod nobis abeſt, perſequimur: Itaque & ſi quæ ſit actio ex delicto; quæ rei perſecutionem habeat, ea quoque in ſimplum erit, ut condictio furtiva, & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ perſecutionem continent, nonnullæ ſunt in ſimplum, veluti actio ex lege Aquilia contra cauſam inficiationis aut moræ, *§. vi bonorum. 19. ſup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen. §. 1. eod. tit.* & ſi quæ ſunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æſtimationem rei & quod actori revera abeſt, præſtandum. Denique & ex pœnalibus illæ in ſimplum ſunt, in quibus certæ pecuniæ ſumma ſimpliciter lege comprehenſa eſt ſine mentione dupli, tripli, aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus ſimpli amplius quid pœnæ nomine conſtituatur, ut cùm pœna conſtituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *l. 7. de juriſd. l. penult. de in jus vocat. l. 5. §. ait. prætor. 6. de his qui dejec. l. pen. C. de ſerv. fug.*

Veluti ex ſtipulatione] Quid ſi duplum, triplum, aut quadruplum in ſtipulationem deductum ſit? *l. ſi dictum. 56. de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod ſua intereſt, tanti æſtimantem adhuc in ſimplum agere, & rem ſolam non pœnam perſequi.

TEXTUS.

In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifeſti, damni injuriæ ex lege Aquilia, depoſiti ex quibuſdam cauſis. Item ſervi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu conſiliove ſervus alienus fugerit, aut contumax adverſus dominum factus eſt, aut luxurioſè vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus ſit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo ſervus abſtulerit, æſtimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt, ſecundum ea, quæ ſupra diximus.*

COMMENTARIUS.

Quinque actiones recenſet, quibus in duplum agitur, furti nec manifeſti, damni injuria ex lege Aquilia, depoſiti ex quibuſdam cauſis, ſervi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum eſt. Non exponit, an eodem omnes modo in duplum ſint, nec ne. Quia hoc loco tantùm ei propoſitum eſt oſtendere, omnes in duplum eſſe. Differentiam indicantur aliis locis, *§. ex maleficiis. 18.* [illegible] *99. ſup. §. ſed furti. 26. inf. eodem.*

Depoſiti ex quibuſdam cauſis] Quæ comprehenſæ ſunt edicto, nempe *tumultus, incendii, ruinæ, naufragii, l. 1. §. 1. depoſ. §. rei perſequendæ. 17. in fin. ſup. h. t.*

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio ſervi corrupti in duplum conſtituta eſt in eum, cujus hortatu, conſilio, opera ſervus quolibet modo deterior factus eſt, *l. 1. cum ſeqq. de ſerv. corr.* Juſtinianus hoc addit, ut etiam ſolus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, *l. ſi quis. 20. C. d. tit. §. ſed etſi. 8. ſup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc judicium etiam earum rerum æſtimatio, quas ſecum ſervus abſtulit: duplatur enim omne damnum, *l. in hoc. 10. eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio judicis æſtimanda: quoniam intereſt noſtra animum liberorum noſtrorum non corrumpi, *l. ne tantum. 14. §. 1. eodem.*

TEXTUS.

In triplum.

24. *Tripli verò agimus, cùm quidam majorem vera æſtimatione quantitatem in libello conventionis inſerunt, ut ex hac cauſa viatores, id eſt, executores litium ampliorem ſummam ſportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum cauſam damnum paſſus fuerit reus, in triplum ab actore conſequetur; ut in hoc triplo etiam ſimplum, in quo damnum paſſus eſt, connumeretur. Quod noſtra conſtitutio introduxit, quæ in noſtro Codice fulget, quam procul dubio certum eſt, ex lege condictitia emanare.*

COMMENTARIUS.

Una actio in triplum hic commemoratur lege Juſtiniani conſtituta adverſus eos, qui majorem ſummam vera æſtimatione in libello conventionis inſerunt dolo malo, qui viatores, id eſt, apparitores ſeu litium executores, *§. ſeq. inf. l. 5. §. ne tamen. 13. de reb. eor. qui ſub tut.* majores ſportulas conſequantur. Conſtitutio hæc Juſtiniani temporum injuria intercidit.

Libello conventionis] Libellus conventionis dicebatur id ſcriptum, quo actor petitionis ſuæ rationem & ſpeciem futuræ litis in judicio exprimebat, qui libellus poſteà ad abſentem per oratorem mittebatur.

Ampliorem ſummam ſportularum] Sportulas appellat mercedes ſive ſalaria executorum, quæ Græcis ἐκβιβαστικὰ, ut planè conſtat ex *l. omnes. 33. §. executoribus. 5. C. de Epiſc. & Cler. l. in ſacris. 12. C. de prox. ſacr. ſcrin. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro ſportulis conſtituta fuerit, incertum eſt. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam ſummam & à reo exigi ſolitas. Quod de conſuetudine non amplius obſervati notum eſt. Gudelin. *lib. 4. cap. 5. in fin.* De ſportulis earumque vario uſu vid. Fr. Juret.

Digitized by Google

in not. ad Symmach. lib. 4. epiſt. 55. & Bachov. *ad hunc §.*

In triplum ab actore] Datur hæc actio reo in minorem ſummam, quàm quæ petita fuit, condemnato adverſus actorem, qui plus libello comprehendit, quàm ei debetur, ut viatores hac occaſione plus etiam ſportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod ſupra conſtitutum modum ſportularum per hanc occaſionem exactum eſt, ſed ita, ut in triplo etiam illud ipſum contineatur. Pœnam hanc primus Juſtinianus in propoſita ſpecie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiiſſent, cauſa cadebant, id eſt, rem amittebant, *§. ſi quis. 33. in pr. & fin. inf. eod.*

Quam procul dubio certum eſt ex lege condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendoſus eſt, & ſic eum Ruſſard. Cont. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, reſtituendus: *Ex qua procul dubio certum eſt ex lege condictitiam emanare*. Ut ſit ſenſus, hanc in triplum actionem ex conſtitutione Juſtiniani eſſe condictitiam ex lege, ſive ejuſmodi actione, quæ condictio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducitur, nec cavetur, qua actione experiendum ſit, lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Juſtinianum legiſſe, ex *paraphraſi* ejus apparet.

TEXTUS.

In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifeſti; item de eo, quod metus cauſa factum ſit: deque ea pecunia, quæ in hoc data ſit, ut is, cui datur, calumniæ cauſa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra noſtræ conſtitutionis normam à reis quicquam egerint.*

NOTÆ.

25. *Calumniæ cauſa negotium*] *l. 1. l. 3. de calumn.* Et hæc item actio mixta eſt conjunctim pœnam & rem perſequens, *l. 5. §. 1. d. tit.* Eſt autem negotium alicui facere calumniæ cauſa, judicio calumnioſo aliquem vexare. Quint. *lib. 5. cap. 12.*

Ex lege condictitia noſtra conſtitutio] Leg. *Ex lege condictitia ex noſtra conſtitutione oritur*. Ex lege condictitia, id eſt, condictitia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipſam mixtam eſſe apparet ex *Nov. 124. cap. 3.*

COMMENTARIUS.

RECenſentur hìc quatuor actiones, quæ ſunt in quadruplum, furti manifeſti, quod metus cauſa, de calumnia, adverſus executores litium, qui plus conſtituto ſportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio merè pœnalis eſt, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abeſt aut intereſt, perſecutio.

De eo, quod metus cauſa] Quod metus cauſa geſtum eſt, prætor ratum non habet, & hoc amplius, ſi, quod ex ea cauſa aberit, arbitrio judicis non reſtituatur, in quadruplum judicium pollicetur, *l. item ſi. 14. §. 1. quod met. cauſ.* Quadruplatur id omne, quod reſtitui oportet, ſic tamen ut in hoc quadruplo & ſimplum inſit. Quippe mixta eſt hæc actio, non ſolius pœnæ perſecutoriæ, *l. 14. §. ſed & ſi. 9. cum §§. ſeqq.*

Ut calumniæ cauſa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ cauſa, eſt, judicio calumnioſo aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ cauſa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepiſſe dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, *l. 1. l. 3. de calumniat.* Et hæc item actio mixta eſt, conjunctim pœnam & rem perſequens, *l. 5. § 1. d. tit.*

Item ex lege condictitia noſtra conſtitutio] Hujus etiam loci lectionem vitioſam eſſe certum eſt. Apud Juſtinianum haud dubiè ita ſcriptum fuit: *Item ex lege condictitia ex noſtra conſtitutione oritur* &c. Ex lege condictitia, id eſt, condictitia actio ex lege, quæ ex conſtitutione Juſtiniani oritur in facti ſpecie hìc propoſita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Conſtitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hìc mentio, in executores directa eſt, qui ipſi in exigendis ſportulis ſummam definitam dolo malo exceſſerunt, data actione in quadruplum, quam & ipſam mixtam eſſe apparet *Nov. 124. cap. 3.* ubi Juſtinianus conſtituit, ut ſimplum reddatur ei, qui damnum paſſus eſt, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitoribus certa ſumma pro ſportulis conſtituta, ſi quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri poſſe, conſtat, uſu non obſervari.

TEXTUS.

Subdiviſio actionum in duplum.

Sed furti quidem nec manifeſti actio, & ſervi corrupti à cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli ſunt: at iſtæ, (id eſt, damni injuriæ ex lege Aquilia, & interdum depoſiti) infitiatione duplicantur: in conſi-

ten-

Digitized by Google

tentem autem in ſimplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis ſunt, non ſolùm inficiatione duplicatur, ſed etiam ſi diſtulerit relicti ſolutionem, uſquequo juſſu magiſtratuum conveniatur. In confitentem verò, antequam juſſu magiſtratuum conveniatur, ſolventem, ſimpli redditur.

Subdiviſio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus cauſa factum ſit à cæteris, de quibus ſimul locuti ſumus, eo differt, quod ejus natura tacitè continetur, ut qui judicis juſſu ipſam rem actori reſtituat, abſolvatur: quod in cæteris caſibus non eſt ita, ſed omnimodo quiſque in quadruplum condemnatur: quod eſt & in furti manifeſti actione.*

Notæ.

26. *Omnimodo dupli*] Id eſt, ſive reus fateatur, ſive inficietur, Theoph.

In confitentem in ſimplum] Poteſt itaque hìc reus evitare pœnam confitendo.

27. *Ut qui juſſu judicis*] In actione quod metus cauſa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante ſententiam reſtituendo, *l.* 14. §. 1. *quod met. cauſ.*

Commentarius.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei perſecutorias.*

NOtatur hìc nonnulla differentia, quæ eſt inter actiones pœnales, tum quæ ſunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim ſimpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ ſunt, ſed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum ſunt actio furti manifeſti, ſervi corrupti, & ſi quæ ſunt aliæ ſimpliciter in duplum conſtitutæ: quippe quæ omnes ita conſtitutæ intelliguntur, ut ſemper & ſtatim pœna exigi poſſit, nec dupli condemnatio evitari. Non ſtatim & ſimpliciter in duplum ſunt, actio legis Aquiliæ, depoſiti miſerabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in ſimplum tantùm dari, duplicari autem inficiatione, poſtremam etiam fruſtratione & dilatione ſolutionis, uſque dum reus judicio conveniatur, *hoc text.* §. *vi autem.* 19. *ſup. eod.* Omnimodo in quadruplum ſunt actio furti manifeſti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de ſportulis adverſus executores litium, &c. Una tantùm ex hoc genere excipitur actio quod metus cauſa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante ſententiam reſtituendo. Quod ſi reus judici jubenti rem reſtitui non pareat, hanc contumaciæ ſuæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *h. text.* §. *item actio.* 27. *l. item ſi.* 14. §. 2. & 4. *quod met. cauſ.* Eſt & alia, & quidem inter pœnales omnes, differentia: quod ſcilicet quædam ſint merè pœnales, quædam mixtæ, ſed illa ſuperius explicata eſt, §. *ex maleſ.* 18. & *ſeq. h. t.* Vinn. Intererat hìc monere, cur Juſtinianus hìc dicat in actionis quod metus cauſſa *natura tacitè hoc contineri*, ut, qui juſſu judicis rem reſtituat, abſolvatur, ſi non pareat, condemnetur in quadruplum. Ratio eſt, quod hæc actio eſt arbitraria. Harum autem actionum ea eſt natura, ut judici ex æquo & bono æſtimare liceat, quantum reum dare facere oporteat, ſi verò arbitrio non pareat reus, condemnatio in majus fieri poſſit. Quod *ἰδικῶς ἐγκεῖσθαι ταῖς ἀγωγαῖς, his actionibus proprium eſſe, obſervat* Theophil. *ad* §. 31.
hoc tit. Hein. Apud nos omnes actiones ſunt 1
rei perſecutoriæ, & in ſimplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & ſolus fiſcus pœnas ob vindictam publicam perſequitur judicio criminali. Privatis tantùm poteſtas eſt ejus quod ſibi abeſt perſequendi judicio civili. Jo. Imbert. in *enchirid. jur. ſcript.* Baro *ad tit. ſup. de obl. quæ ex del. comm. part.* 2. Gudelin. *de jur. nov.* 3. *c.* 13. Groenevv. *de ll. abr. ad rubr. C. de pœn.* & ibi laudati. Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & proficabilis, ut loquuntur. Vid. *ſup. ad* §. 10. *de injur.*

Textus.

Diviſio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei ſunt, quædam ſtricti juris. Bonæ fidei ſunt hæ, ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum geſtorum; mandati, depoſiti; pro ſocio, tutelæ; commodati; pigneratitia; familiæ erciſcundæ; communi dividundo, præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim uſque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio eſſet, an non; noſtra tamen conſtitutio aperte, eam eſſe bonæ fidei, diſpoſuit.*

Notæ.

28. *Quædam bonæ fidei*] Id eſt, liberæ poteſtatis judicis, concluſæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cic. *in Top.* & 3. *de off.* Sen. 3. *de benef.* & 2. *de Clem.*

Quædam ſtricti juris] Strictæ, ſtricti judicii, *l.* 5. §. *ult. de in lit. jur.* in quibus poteſtas judicii

formulæ adſtricta eſt. Sen. 2. *de Clem. cap. ult. Clementia liberum arbitrium habet, nec ſub formula, ſed ex æquo & bono judicat.*

Bonæ fidei ſunt hæ] Ὁριστικῶς. Unde intelligimus, & omnes quæ hic enumerantur, eſſe bonæ fidei, & ſolas. Cæteræ ſunt ſtricti juris, utique ſi non ſint arbitrariæ. De quibus *infra* §. 31.

Præſcriptis verbis] Non omnes, ſed illæ duæ dumtaxat, æſtimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l.* 1. *de æſtim. act. l.* 1. *de contr. empt.*

Noſtra conſtitutio eam eſſe ex bon. fid.] *l. ult. C. de pet. hær.* Ratio eſt, quia petitio hæreditatis, etſi actio eſt in rem, habet tamen quaſdam præſtationes perſonales, *l.* 25. §. *propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum geſtorum accedit, & mixta perſonalis dicitur, *l.* 7. *C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Removetur duplex contra propoſitam diviſionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde ſic dictæ?*
3 *Quæ actiones ſtricti juris, & unde ſic appellatæ?*
4 *Multæ & inſignes horum generum differentiæ: & an quæ earum adhuc maneant?*
5 *Bonæ fidei nullas eſſe, præter eas, quæ hic recenſentur.*
6 *Actio finium regundorum cur hic omiſſa?*
7 *Cur duæ præſcriptis verbis æſtimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei?*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum?*

DUæ præcedentes diviſiones oſtenderunt, quid & quantum petere liceat pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita eſt. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro poteſtate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum, quod potiſſimum in fructibus, uſuris, & reliquis acceſſionibus rei petitæ cernitur.

1 *Quædam bonæ fidei, quædam ſtricti juris*] Diviſio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones ſtatuuntur, quæ non ſint bonæ fidei, ſed ſtricti juris: deinde quod in hac diviſione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & diſtinctam à duabus, quæ hic proponuntur, ſpeciem conſtituere videntur, §. *præterea.* 31. *inf. eod.* Quod quædam actiones dicuntur eſſe ſtricti juris, id non videtur convenire conſtitutioni Conſtantini in *l. placuit.* 8. *C. de judic.* ubi Imp. ait placere, in omnibus rebus præcipuam eſſe juſtitiæ æquitatiſque, quàm ſtricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter conſtitutum eſt in *l.* 4. *C. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus conſiderari æquum eſſe. Nam ſi in contractibus omnibus bona fides ſpectatur, etiam in actionibus omnibus certè iis, quæ ex contractu proficiſcuntur, pariter bona fides ſpectanda. Cæterum neutrum propoſitæ diviſioni obſtat. Non primum, quia in *d. l. placuit.* 8. juris verbum jus conſtitutum ſignificat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus ſi ſummum eſt, ſeu, ut in conſtitutione nominatur, ſtrictum, id eſt, ſi verbis tantùm nititur contra ſententiam & rationem legis, numquam ſequimur, ſed æquitatem, id eſt, mentem & ſententiam legislatoris. Atque hoc ſenſu concedimus, nullas eſſe actiones ſtricti juris. At cùm dicimus, quaſdam actiones eſſe ſtricti juris, verbo juris poteſtas ſignificatur, ut & alibi ſæpe: nec aliud eſt, quaſdam actiones eſſe ſtricti juris, quàm quaſdam eſſe ſtrictæ ſeu adſtrictæ poteſtatis judicis: ſicut ex contrario, nihil aliud eſt, actiones quaſdam eſſe bonæ fidei, quàm quaſdam eſſe liberæ poteſtati judicis, qui æſtimare poſſit, quicquid eſt ex bona fide, §. *in bonæ.* 30. *inf. eod.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius *in analyſi ſua*, dum putant, quaſdam actiones ſtricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοδίκαιον, ſummum & ſtrictum jus ſequatur. Ad alterum, quod ex *l.* 4. *C. de obl. & act.* objicitur, reſpondeo, in omnibus quidem contractibus ſpectari bonam fidem; ſed non ſpectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus ſtricti juris etiam bona fides ſpectatur, ſed ſecundum communem quamdam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris ſubtilitas adverſus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo.* 5. *C. de inutil. ſtipul. l. ſi quis.* 36. *de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam reſpectu conſideretur bona fides, æquitas, ſive quod in his non præſtetur, quod ſit contra bonam fidem: quamvis id forte ſubtilitate juris præſtandum videatur, ſed quod in his ſumma deſideretur æquitas, res tota æſtimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur poſtea. Sed eſto, inquis: illud tamen vitium diviſio habet, quod imperfecta & manca eſt, ut quæ ex tribus actionum generibus inter ſe diſtinctis duo tantùm poſuit, tertium actionum arbitrariarum omiſit. *Reſp.* Eſſet imperfecta hæc diviſio, ſi Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, conſtitiſſet, nec mox adjeciſſet tertium. Nunc autem cùm ſtatim & continenter unoque ductu diviſionis tertiam illam ſpeciem ſubjiciat, §. *præterea.* 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac ſi tres ſpecies eodem loco propoſuiſſet, & diviſio tripartita cenſeri. An autem actiones arbitrariæ revera conſtituant novam ſpeciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, planè diverſam, videbimus ſub *d.* §. *præterea.* 31.

Actiones bonæ fidei ſunt, in quibus libera 2
poteſtas judici permittitur æſtimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. Deſcriptio totidem pæne verbis ex-

Digitized by Google

expreſſa *l. 2. §. 3. l. 5. pr. de obl. & act. §. in bonæ. 30. infr. eod.* Duo itaque ſunt, quæ judicium bonæ fidei conſtituunt, libera poteſtas æſtimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipſa poteſtas intra modum & regulam bonæ fidei concluſa. Ex libera poteſtate eſt, quod hæc eadem judicia paſſim arbitraria vocantur, & judex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æſtimatio & condemnatio judicis eſt ex bona fide, ſeu in id, quod ex bono & æquo quemque præſtare oportet. Putat D. Hotomannus, cauſam & originem nominis eſſe ex ipſa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat judicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cic. in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc ſit cauſa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipſi non minus quàm actio ex his deſcendens, bonæ fidei appellantur, *l. ex empto. alias l. emptorem. 11. §. ult. de act. empt. l. mora. 32. §. 2. de uſur. l. eum qui. 22. de donat. l. in bonæ. 13. C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen ſuperiorem aliquam cauſam eſſe, ob quam prætor in quibuſdam judiciis liberam judici poteſtatem faceret, clauſulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis verò judicem adſtringeret formulæ. Atque ego omnino exiſtimo, cauſam hanc accerſendam à natura & conditione ipſorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati ſunt, ut in his interpretandis æquum ſit laxiorem judicii poteſtatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio ſit circumſcribenda. Prioris generis ſunt contractus mutuæ præſtationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Poſterioris, ubi unus tantùm obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex conſ. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriuſque eſt, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum ſit, quàm quid æqui bonique ratio utrinque poſtulet, ſpectari. Cùm autem unus tantùm obligatur, non eſt admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præſtetur, de quo non expreſsè convenit, aut quod natura contractus non continetur, ex definitione *l. quicquid. 99. de verb. obl. l. 3. de reb. creditis.* Ex hac inquam diverſitate contractuum procul dubio eſt, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicii concipiebat, modo laxius adjecta clauſula ex bona fide, ut in actionibus deſcendentibus ex contractu utrinque obligatorio: modo anguſtius & ſtrictè, ut in actionibus, quæ proficiſcuntur ex contractibus μονοπλεύροις, veluti ex mutuo, pro mutuo, ſtipulatione, &c. Hoc idem & Theod. Hermopul. ſenſiſſe arguunt verba ejus, quæ legimus *lib. 10. titul. 4.* Ἐπὶ ςρίκτων ἤτοι μονοπλεύρων, eſtque hujus rei etiam hoc argumentum: quod idem actionum diſcrimen, & res ipſa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum ſublatæ ſint: nimirum quia formulis ſublatis nihilominus prima cauſa diſcriminis, eadem conventionum diverſitas manſit. Porro bonæ fidei eſſe eas actiones omnes & ſolas, quæ ex contractibus διπλεύροις veniunt, oſtendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum ſpecierum hujus generis apud Juſtinianum collectio. Reliquæ, ſi non ſunt arbitrariæ, ſunt ſtricti juris, ſive ex contractu ſive ex delicto deſcendant. Ex his ſimul 3
intelligi poteſt, quæ ſint actiones ſtricti juris, nimirum illæ, in quibus poteſtas judicis formulæ adſtringitur, ſeu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi cauſa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret Mævium Sempronio centum ex ſtipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ, inquam, actiones dictæ ſunt ſtricti juris, item ſtricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quàm formula exprimebat: qua de cauſa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod diſcrimen reſpiciens Seneca *l. 3. de benef. cap. 3. Melior*, inquit, *videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad judicem, quàm ſi ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponat; hujus libera & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Idem Seneca *lib. 2. de Clement. cap. ult.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec ſub formula, ſed ex bono & æquo judicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æſtimat, in ſtrictis formulam præciſè ſequi tenebatur, natæ ſunt multæ & inſignes horum generum differentiæ, quæ certo jure nunc comprehenſæ ſunt, & Juriſconſultorum diſputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria ſunt maximè hæc. 1. Quod 4
in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præſtandis nihil convenit, ſi ut præſtentur ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ ſunt moris & conſuetudinis, *l. quod ſi nolit. 3. §. quia aſſidua. 20. de ædil. edict.* item incommoda reticentia aut diſſimulatione unius alteri illata, verbi cauſa, ſi venditor celet emptori vitium aliquod, aut quid aliud, quod ſcire emptoris intereſt, aut ſi fallendi cauſa obſcurè loquatur, aut malitioſè diſſimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei eſt, ſed in id omne, quod emptoris intereſt, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Julianus. 13. pr. l. ſi ſterilis. 21. §. 1. l. in venditione. 41. de act. empt. l. ea quæ. 43. §. ult. de contr. empt. l. 1. §. 1. & paſſ. tot. tit. de ædil. edict.* nempe in judicio bonæ fidei ſemper dolus malus præſtatur, etſi nominatim cautum non ſit, eum abeſſe abfuturumque eſſe, *l. 6. in fin. de act. empt. d. l. ea quæ. 43. l. ſi cum fundum. 68. §. 1. de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in ſtipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio,

l. 7. de neg. geſt. 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè contrarius eſt, *l. 3. §. ult. pro ſoc. l. 5. C. de reſc. vend.* ideo ſi quid in his contractibus geſtum ſit ab initio dolo malo, id ipſo jure non valet; ut puta nulla eſt venditio, ſi quis in hoc circumſcriptus ſit, ut venderet, *l. eleganter. 7. de dol. mal.* Ipſo jure nullius momenti eſt ſocietas, ſi dolo malo, aut fraudandi cauſa inita ſit, *l. 3. §. ult. pro ſoc. l. in cauſæ. 16. §. 1. de minor.* Et hoc eſt, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei cauſam dat, contractum ipſo jure nullum eſſe, nullamque ex eo actionem naſci. Secus autem eſt in dolo incidenti, qui purgatur actione ipſius contractus, aut exceptione, ſi conveniatur, qui dolum paſſus eſt, *l. 13. §. 4. & ſeqq. de act. empt. l. 2. C. eod. dict. l. & eleganter. 7. §. 3. de dol. mal.* qua de re conſule Bachovium *diſp. 6. de act. theſ. 16. & ſeq.* ubi tamen ſententiam communem reſtringit ad contractus, qui ſolo conſenſu conſtant, quaſi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus ſit ipſo jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, ſtatuendum, apparet ex verbis edicti *de eo, quod met. cauſ.* & textu expreſſo in *l. 4. & 5. C. de his qui met. cauſ.* de quo item adi Bachov. *d. loc.* & noſtra *lib. 1. ſel. quæſt. 12.* 3. Quod ex cauſa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriorem, ſed adhuc integra adverſus eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. ſi res. 16. depoſ.* 4. Quod in bonæ fidei judiciis poſt moram etiam acceſſiones officio judicis præſtentur, in pecunia uſuræ, in certis rebus fructus. De uſuris diſertè hoc traditum eſt in *l. mora. 32. §. 2. de uſur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam ſi ideo uſuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præſtantur, quia vicem fructuum obtinent, ut diſputat Juriſconſultus *in l. uſuræ. 34. de uſur.* fructuum quoque eamdem conditionem eſſe oportet, *fac. text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex teſtamento in his, quæ ex mora præſtantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. uſuræ. 34. de uſur. l. 3. C. in quib. cauſ. in int. reſt.* 5. Quod in judiciis bonæ fidei neceſſe non eſt exceptionem initio litis conteſtari, ſed ſatis ſit quandoque ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit reum abſolvere. Non eſt huic contrarium quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe, *l. ut fundus. 18. comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipſa & poteſtate judicii exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cùm in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono; idque veteres ſignificant, cùm ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri, & ſi non excipiatur, ſatis per officium judicis conſuli, *l. 3. de reſc. vend. l. ſed ſi ideo. 21. in fin. ſol. matr. l. hujuſmodi. 84. §. qui ſervum. 5. de legat. 1. l. plane. 38. l. ult. de hæred. petit.* In judiciis ſtricti juris omnia hæc contra ſe habent. In his enim ea demum præſtantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, *l. quicquid. 99. de verb. obl.* niſi ſit, quod natura negotii contineatur, *l. 3. de reb. cred. l. indebiti. 15. de cond. ind.* Qua de cauſa in ſtrictis judiciis non veniunt ea, quæ ſunt moris & conſuetudinis, per *d. l. quod ſi nolit. 31. §. quia aſſidua. 20. de ædil. edict.* Ubi non expreſsè clauſula de dolo ſtipulationi inſerta eſt, vel ſeparatim de dolo cautum, deficit actio ex ſtipulatu, & de dolo agendum eſt, *l. & eleganter. 7. §. 3. in fin. de dol. mal.* Subſiſtit ipſo jure ſtipulatio & ſemper excipiendum eſt, ſive dolus cauſam contractui dederit, ſive inciderit. *l. ſi quis. 36. de verb. obl. l. dolo. 5. C. de inut. ſtipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu ſtricti juris, veluti ex ſtipulatu, debita fuit, placet promiſſorem eam præſtando vetere actione liberari, & ſi quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, *d. l. 7. §. 3. de dol.* De uſuris jus certum eſt, has in ſtricti juris contractibus ex mora non deberi, cùm ut debeantur ex mora, id bonæ fidei judiciis tantùm tribuatur, *l. mora. 32. §. 2. de uſur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vendit.* Sed & diſertè traditum eſt, in ſtrictis judiciis citra vinculum ſtipulationis uſuras peti non poſſe, *l. Titius. 24. de præſcr. verb. l. 3. C. de uſur.* Quare nec poſt litem conteſtatam in his judiciis currere incipiunt, *l. 1. C. de cond. ind.* Nam quod dicitur in *l. lite. 35. de uſur.* lite conteſtata, uſuras currere, id non hanc habet ſententiam, uſuras poſt litem conteſtatam incipere currere, ſeu incipere deberi, ſed debitarum curſum lite conteſtata non retardari, deberi cœptas poſt litem conteſtatam perſeverare, *l. 1. C. de judic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta, uſuræ non currunt, ſeu curſus uſurarum ſiſtitur, *l. novatione. 18. de novat.* litis autem conteſtatio novationem quamdam inducit, *l. delegare. 11. §. 1. l. aliam. 29. d. tit. l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul.* Sed reſponſum eſt, aliam eſſe cauſam novationis voluntariæ, aliam judicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem ſuam deteriorem facit, *d. l. aliam. 29.* add. Don. *hic. n. 31.* Perez. *ad tit. C. de uſur. num. 22.* De fructibus in ſtrictis actionibus hoc obſervatur, ut ſi quis actionem habeat ad conſequendum, quod ejus non fuit, veluti ex ſtipulatu fructus non conſequatur, etiam ſi mora facta ſit: poſt acceptum autem judicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis cauſa reſtituenda eſt, *l. videamus. 38. §. ſi actionem. 7. de uſur.* In iis autem actionibus, quibus repetimus quod noſtrum fuit, cujuſmodi ſunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ ſunt, ut condictio ob cauſam datorum, condictio indebiti, ſine cauſa, &c. fructus, ex quo primum tempore res accepta eſt, una cum re reſtituendi ſunt ex ipſius negotii natura & quaſi lege, *l. indebiti. 15. de cond. ind. d. l. videamus. 38. §. 1. & aliquot ſeqq.* Don. *de fructib. c. 1.* Planè in actione ex teſtamento, quæ natura ſua ſtricti juris eſt, *l. 5. in fin. eum l. ſeq.*

Digitized by Google

ſeq. de in lit. jur. favore ultimæ voluntatis placuit uſuras & fructus venire ex mora ad inſtar bonæ fidei judiciorum, *l. 3. l. uſuræ. 34. de uſur. l. 3. C. in quib. ca. in int. reſt.* Denique in ſtrictis judiciis neceſſe eſt exceptionem initio litis conteſtari, & vel reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probavit, antequam ſententia feratur, *l. 9. C. de præſc. long. temp. l. 8. & l. 9. C. de exc.* Non conteſtatam poſtea objicere non licet, de quo fuſius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei judiciis præſtentur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in ſtrictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune ſit, *l. 3. pr. & §. 1. de uſur.* Quod in illis in ineunda rei deperditæ æſtimatione tempus rei judicatæ ſpectetur: in his tempus litis conteſtatæ, *l. 3. §. 2. commod.* Quod in illis juretur in litem, in his non item, niſi in caſu ſingulari, *l. 5. pr. & §. ult. cum l. ſeq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non uſque adeo explorati juris ſunt. Apud nos tota hæc judiciorum diſtinctio generali deſuetudine pæne deleta eſt, & genera actionum ſic confuſa, ut omnes vi & effectu nunc videantur eſſe bonæ fidei. Illud tamen diſcrimen adhuc manet, quod quamvis uſuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in ſtrictis tamen non debeantur, niſi à tempore litis conteſtatæ. Fructuum autem, quorum cauſa favorabilis, in utroque genere eamdem eſſe præſtationem accepi: quod ſanè in Gallia expreſsè ſancitum. Imbert. *in enchirid. verb. evictione an liceat.* Rebuff. *ad conſt. Reg. tom. 3. tract. de fruct. art. 1.* add. Baro. *inſ. de off. jud. comm. part. alt.* Gudelin. 3. *de jur. noviſſ. cap.* 13. Groenevv. *de leg. abr. ad h. §.*

5 *Bonæ fidei ſunt hæ; ex empto, vendito, &c.*] Obſervandum eſt, quod non ait, *Bonæ fidei ſunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cùm exempli gratia quædam proferuntur: ſed [illegible], *Bonæ fidei ſunt hæ, ex empto, vendito,* & quæ ſequuntur, indicans, ſe eas omnes, quæ ſint hujus generis, ex profeſſo recenſere. Ex eo enim intelligimus, non tantùm actiones omnes, quæ hìc enumerantur, eſſe bonæ fidei, ſed etiam præter has bonæ fidei nullas eſſe: cæteraſque, ſi arbitrariæ non ſint, de quibus *§. præterea. 31.* eſſe ſtricti juris. Et igitur in hoc numero ſunt actio ex ſtipulatu, ex teſtamento, *l. 5. §. ult. & l. ſeq. de in lit. jur.* ex cauſa donationis, *l. eum qui. 22. de donat.* condictio indebiti, *l. 1. C. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hìc non nominantur. Non obſtat, quod nonnullæ actiones, quarum hìc mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ eſſe ex bono & æquo: ut condictio indebiti, *l. pen. de cond. ind.* actio funeraria, *l. & ſi quis. 14. §. hæc actio. 6. de rel. ig.* actio injuriarum, *l. 11. §. 1. de injur.* item actio præſcriptis verbis de precario, *l. 2. §. 2. de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas conſtituendi ſit ex bono & æquo: ſed quia, ut ſupra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præſtanda ſunt, quàm quæ non ſunt præſtanda: quod non fit in aliis, quàm quæ hìc commemorantur. Planè actio funeraria inter bonæ fidei judicia numerari videtur *d. l. & ſi quis. 14. §. idem Labeo. 13. de relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hìc ſolutius æquitatem ſequi, cùm hoc ei natura actionis indulgeat: nam in ſtrictis judiciis judex non ſolutè judicat, ſed adſtringitur formulæ: ut proinde exiſtimem, actionem funerariam inter judicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hìc prætermiſſam eſſe: numeratur enim inter bonæ fidei judicia actio negotiorum geſtorum, cujus actio funeraria ſpecies quædam eſt, ut adjectio, *arg. l. 1. d. l. & ſi quis. 14. §. ſed interdum. 7. §. fortaſſis. 9. §. ſi quis. 11. & d. §. idem Labeo. 13. de relig.* Illud enim in univerſum tenendum eſt, actiones, quæ hìc enumerantur, ita ſolas bonæ fidei cenſendas, ut illæ dumtaxat excludantur, quæ planè ſunt diverſi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantùm qualitatibus ab aliis diſtinguuntur, aut ſub enumeratis tanquam ſpecies ſub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium eſt, quin nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum geſtorum, mandati, depoſiti, commodati, tutelæ pigneratitiæ, quàm directis ex iiſdem cauſis: & quin per enumeratas non ſolùm directæ intelligantur, ſed etiam quæ ex ſimilibus cauſis ſunt utiles, veluti negotiorum geſtorum adverſus curatorem, *l. 3. C. de tranſact.* Eademque ratione & actionem protutelæ, & bonorum poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommiſſariam, rectè dicimus eſſe actiones bonæ fidei, *arg. l. 1. §. pen. de eo qui pro tut. l. 1. de poſſ. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & inſtitoria ex contractu bonæ fidei cum magiſtro navis aut inſtitore inito, item de peculio ex eadem cauſa bonæ fidei cenſendæ. Poſtremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione ſeparando vim ejus veterem non minuit, ſed auxit, *l. 1. C. de jur. emphyt. ſae. §. 3. ſup. de locat.*

Ex empto, vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi conſenſus bonæ fidei ſunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro ſocio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *ſup. tit. de obl. ex conſ. l. 2. de obl. & act.*

Familiæ erciſcundæ, communi dividundo] Alibi paſſim tria hæc judicia propter ſimilitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hìc autem finium regundorum 6

Digitized by Google

conſulto prætermiſſum, quia hoc judicium à cæteris in eo diſcrepat, quod cauſam non continet bonæ fidei judicii. Nam illa familiæ erciſcundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi geſtu, & quaſi ex contractu. In finium autem regundorum judicio ſolus ſibi rem gerit, qui convenitur, magiſque ex delicto aut quaſi ex delicto hæc actio eſſe videtur, quàm quaſi ex contractu: qua de cauſa etiam obligatio, unde hæc actio naſcitur, omiſſa eſt *tit. de obl. quæ quaſ. ex contr.* Eſt igitur aut ſtricti juris, aut quod magis probo cum Ant. Fab. *dec. 94. err. 1.* arbitraria: quoniam pro vindicatione eſt, *l. 1. fin. reg. fac. l. 4. §. 3. eod.* & quod nomen arbitri in quæſtione finium uſurpatur.

7 *Quæ de æſtimato proponitur, & quæ ex permutatione*] Ex actionibus præſcriptis verbis duæ tantùm hìc proponuntur, quæ ſint bonæ fidei, actio æſtimatoria, & quæ ex contractu permutationis competit. Unde rectè vulgo interpretes concludunt, cæteras præſcriptis verbis eſſe ſtricti juris. Cur duas illas placeat eſſe bonæ fidei, ſingularis ratio eſt, quam ſuggerunt *l. 1. de æſtim. act. l. 1. de contr. empt.* In illa refert Ulpianus, dubitatum fuiſſe, cùm res æſtimata vendenda datur, utrum hæc conventio eſſet venditio, an locatio, an denique mandatum: qui contractus omnes cùm ſint bonæ fidei, merito quæ hìc dubitationis tollendæ cauſa introducta eſt actio præſcriptis verbis, bonæ fidei cenſeri debet. In hac oſtendit Paulus, tantam eſſe inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Caſſius & Sabinus exiſtimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretii, alteram mercis loco fungi: quæ rationes in aliis articulis, ex quibus naſcitur actio præſcriptis verbis, locum non inveniunt. Videſis D. Bachov. *diſp. 6. de act. theſ. 8.*

8 *Hæreditatis petitio*] Petitioni hæreditatis, cùm ea ſit actio in rem, *l. 25. §. propen. de hæred. petit. l. 1. de rei vind.* non videtur convenire hæc qualitas ut reputetur actio bonæ fidei: ſiquidem qualitas illa propria eſt actionum in perſonam, & earum fere, quæ ex negotio mutuo geſtu naſcuntur: quale nullum geritur inter hæredem & poſſeſſorem hæreditatis. Atque haud dubiè hac ratione moti nonnulli veterum eam à claſſe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam eſſe cenſuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum geſtorum naturam proximè accedit. Conſtat enim, poſſeſſori hæreditatis committi rerum hæreditariarum adminiſtrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis ſit actio in rem, multas tamen habeat præſtationes perſonales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta ſunt; item pretiorum rerum venditarum; item eorum, quæ poſſeſſor creditoribus ſolvit, vel in hæreditate impendit, *d. l. 25. §. antep. l. item veniunt. 20. l. planè. 38. de hæred. petit.* quæ omnia quodammodo actione in perſonam, & veluti ex negotio geſto repeti videntur: unde etiam mixta perſonalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. hær.* Poſteriorem ſententiam, quæ etiam plurium fuiſſe videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l. 38. de hær. pet.* confirmavit Juſtinianus *l. ult. fin. C. eod.*

Textus.

De rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actionem transfuſa.

29. Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei judiciis: ſed cùm pleniorem eſſe ex ſtipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antea habebat, cum multis diviſionibus in actionem ex ſtipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione ſublata, ex ſtipulato actio, quæ pro ea introducta eſt, naturam bonæ fidei judicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei ſit: ſed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cùm ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus.

Notæ.

29. *Sed & tacitam hypothecam*] Quatuor ſingularia hìc à Juſtiniano conſtituta. 1. ut actio ex ſtipulatu mulieri detur, quamvis nulla ſtipulatio de dote reddenda interpoſita. 2. ut actio illa in hoc caſu ſit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. un. §. 1.* 4. ut ex hac cauſa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *l. ult. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

Cujus ſolius providentia] His verbis excluduntur tantùm hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Etenim privilegium dotis ad liberos tranſit, *d. l. ult. verſ. exceptis. Nov. 91.*

Commentarius.

1 *Soluto matrimonio quæ qua actione dotem olim repetebat; & quid hìc novi à Juſtiniano?*

2 *Actio ex ſtipulatu quam ob cauſam plenior viſa quàm rei uxoriæ?*

3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex ſtipulatu Juſtinianus conſtituit.*

4 *Iniquum pleriſque viſum, mulierem præferri expreſſam anteriorem hypothecam habentibus; & quid hic juris apud nos?*

5 *An liberi idem privilegium habeant, quod mater?*

Soluto matrimonio, dotis repetitio eſt, niſi 1
convenerit, ut mortua in matrimonio muliere, dos remaneat apud maritum, *l. 32. de pact. dot.*

Digitized by Google

dot. Si mulier ſuo nomine dotem dederit, ipſi ſoli repetitio competit, *l. un. §. accedit.* 13. *C. de rei ux. act.* Idem eſt, ſi extraneus nomine mulieris, niſi ſtatim ſtipulatus aut pactus ſit dotem ſibi reddi, *l.9. in fin. C. de pact. tam ſup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ perſona petit, *l.2. §. 1. ſolut. matr.* ipſa ſola, ſi emancipata eſt, *l. ſi ſocer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, ſive emancipata, ſive in poteſtate, ſolus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. ſolut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit ſola, filiaf. cum patre: mortua filia apud maritum remanet, niſi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un. §. accedit.* 13. Quod ſi pater dotem ſibi reddi ſtipulatus ſit, patris ſolius actio propria eſt, *d. l. un. §. & hoc* 14. Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque inſuper actio ex ſtipulatu, ſi quando dotem ſibi reddi ſtipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc ſtricti juris, ſed firmior, multiſque in rebus plenior & utilior, quæ cauſa eſt, quod Juſtinianus priorem ſuſtulit, & quod in ea melius erat, tranſtulit in actionem dotis ex ſtipulatu, *d. l. un. Cod. de rei ux. act.* ubi conſtituit, ut quamvis mulier dotem ſibi reddi ſtipulata non fuerit, aut ſtipulata ſit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque ſi ſtipulatio revera & utiliter interveniſſet, utique ex hac cauſa actio ex ſtipulatu, quæ jure communi ſtricti judicii eſt, bonæ fidei ſit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hìc deeſſet mulieri ad omnem cautionem, *in pr. §. 1. & 2. d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ ſeu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. ſed & ſi. 21. de ſolut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem ineſſe de dote actioni, ſicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib. 3. de offic. c. 17.* diſcimus, in hujus actionis formula hæc verba uſurpata fuiſſe, *Quantum æquius melius*. Cujus etiam veſtigia exiſtunt in *l. penultim. §. ult. ſolut. matr. l. ſi cum. 82. de ſolut.*

2 *Pleniorem eſſe ex ſtipulatu*] Actionem ex ſtipulatu ideo pleniorem fuiſſe dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam ſi mulier dotem ſibi reddi ſtipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque ſimul & legatum ſibi à marito relictum petere poterat, cùm abſque ſtipulatione alterutrum tantùm ex edicto conſequeretur, præſumente auctore edicti, legatum in compenſationem dotis relictum, *d. l. un. §. 3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obſtabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impenſas, *l. rei. 15. §. 1. ſolut. matr.* non obſtabant muliere agente actione ex ſtipulatu, *d. l. un. §. taceat. 5.* Ad hæc, ſtipulatione non interpoſita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex ſtipulatu ad hæredes mulieris tranſmittebatur, *d. l. un. §. maneat. 4 & §. illo. 6.* Poſtremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex ſtipulatu, quod data quantitas hac actione ſtatim exigi poterat, & reſtituenda erat, cùm in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un. §. cum autem. 7.*

Tacitam ei dedimus hypothecam] Quo plenius 3
& certius mulieribus de dote conſultum eſſet, hoc etiam Juſtinianus conſtituit, ut actio dotis ex ſtipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorũ mariti, *d. l. un. §. 1.* & tandem ut in omnem eventum ſecuræ eſſent, etiam in hac ipſa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, ſive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa ſexus muliebris miſeratio, evincit, perſpicuèque apparet ex *Nov. 97. c. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantùm, ſed etiam expreſſam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores ultramontani conſtitutionem Juſt. interpretati ſunt, & noviſſ. Ant. Mer. 3. *controv. 9.* Sed 4
quoniam hoc privilegium apertè iniquum eſt, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæſivi, cæteri omnes æquiſſima interpretatione maluerunt hoc ſic temperare, ut iis tantùm creditoribus noceat, qui tacitam itidem ut mulier, & lege conſtitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expreſſam, id eſt, eam, de qua ſibi ipſi aperta conventione proſpexerunt. Ita comm. DD. in *d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre eſt apud Jaſ. Zaſ. Gomez. *hìc.* Neguſ. *de pign. part. 5. memb. 2. num. 23.* Covar. 1. *n. reſ. 7. n. 1.* Et ſecundum hoc temperamentũ paſſim judicari ſolet, teſtib. Schn. *n. 58.* Ant. Fab *C. ſuo qui pot. in pign. def. 16.* Chriſtin. *vol. 4. dec. 159. n. 8.* Gail. 2. *obſ. 25. n. 10.* ubi diſertè ait, ſuo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam receſſum fuiſſe: quamquam contrarium judicium Cameræ affert Mynſ. 4. *obſ. 13.* Apud nos, ſicut pleraque alia jura, quæ de dote conſtituta ſunt, locum non habent, ita nec ea quæ de tacita hypotheca conſtituit Juſt. Contendunt tamen nonnulli, ſi per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel conſtituatur, ut uxor ſua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum eſſe juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res ſe habeat, diſces ex Neoſtad. *de pact. antenupt. obſ. 9. 10. 21.* Grot. 1. *introd. c. 5. & 2. introd. c. 12.* Antverpiæ jus civile & privilegia dotis ſervantur ſine ullo pacto.

Cùm ipſa mulier experiatur, cujus ſolius providentia] His verbis non excludit liberos mulieris, 5
ſed alios, qui dotem pro muliere dantes eam ſibi reddi ſtipulati aut pacti ſunt: itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex

ſtipu-

Digitized by Google

ſtipulatu mortua muliere tranſire voluit, *d. l. un. §. illo. 6. C. de rei ux. act.* Liberis autem eamdem prærogativam, quam matri dedit, ſervari juſſit, tanquam ſi mater adhuc viveret, *d. l. ult. verſ. exceptis. C. qui pot. in pign. & Nov. 91.* Itaque rectè DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis Gomez. *in l. 50. Tauri.* Chriſtin. *vol. 4. dec. 160. n. 15.* concludunt, liberos eoſdemque hæredes mulieris idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum ſi viveret, licet id aliis hæredibus non competat. Diff. Ant. Fab. 8. *conj.* 13. cui occurritur à Bachov. *lib. 4. de pign. c. 13. n. 2.*

TEXTUS.

De poteſtate judicis in judicio bonæ fidei, & de compenſationibus.

30. *In bonæ fidei judiciis libera poteſtas permitti videtur judici ex bono & æquo æſtimandi, quantum actori reſtitui debeat. In quo & illud continetur, ut ſi quid invicem præſtare actorem oporteat, eo compenſato, in reliquum is, cum quo actum eſt, debeat condemnari. Sed & in ſtricti juris judiciis ex reſcripto divi Marci, oppoſita doli mali exceptione, compenſatio inducebatur. Sed noſtra conſtitutio eaſdem compenſationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipſo jure minuant, ſive in rem, ſive in perſonam, ſive alias quaſcumque: excepta ſola depoſiti actione, cui aliquid compenſationis nomine opponi, ſanè iniquum eſſe credimus; ne ſub prætextu compenſationis depoſitarum rerum quiſquis exactione defraudetur.*

NOTÆ.

30. *Libera poteſtas permitti judici*] Hinc eſt, quod bon. fid. judicia paſſim appellantur arbitria, & judices additi arbitri, *l. 24. depoſ. l. 43. l. ult. fam. erc. l. 15. l. 17. C. eod. l. 18. comm. div. l. 38. pro ſoc.* Cic. & Sen. *ubi ſup.*

In reliquum debeat condemnari] Aut ſi nihil reliquum, abſolvi, *l. 4. l. 11. C. de compenſ.* Nam compenſatio eſt debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. D. eod.* Unde Græcis *ἀντίλογος*, dicitur.

Oppoſita doli mali exceptione] Quæ initio litis conteſtanda erat. In bon. fid. verò judiciis admittebatur compenſatio ipſo jure, & citra exceptionem propriè dictam.

Noſtra conſtitutio] Extat in *l. ult. C. de compenſ.*

COMMENTARIUS.

1 *Cauſa liquida. Non liquidis ad liquidum cur non admiſſa compenſatio?*
2 *Compenſatione ipſo jure actiones minui. Quid hoc, quæ inde utilitas? & quid ſi quis compenſatione uſus non fuerit?*
3 *Rerum conſumptibilium duntaxat compenſationem eſſe.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera poteſtas judici eſt, omnia æſtimandi ex æquo & bono, in ſtrictis non item, natæ quotquot ſunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illas olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compenſatio à judice ſola æquitate judicii, idque citra exceptionem propriè dictam, ſeu ipſo jure. In judiciis autem ſtricti juris reus, cui quid viciſſim ab actore debebatur, neceſſe habebat, id propria actione petere uſque ad reſcriptum D. Marci, ex quo & in ſtrictis judiciis poteſtas compenſandi admiſſa eſt, oppoſita doli mali exceptione. Cæterum conſtitutione Juſtiniani jus compenſandi latius introductum, atque ipſo jure admiſſum, modo cauſa, ex qua compenſatio objicitur, liquida ſit, in actionibus omnibus, & tam in rem quàm in perſonam, duabus tantùm exceptis, quibus in totum noluit compenſationem opponi, actione depoſiti, & omni actione, qua poſſeſſio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compenſ. l. pen. C. depoſ.*

Eo compenſato in reliquum] Hæc effectum compenſationis indicant: nimirum compenſatio cùm ſit debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. de compenſ.* ſi compenſato eo, quod invicem debetur, nihil ſuperſit utrinque, quod debeatur, abſolvi reus debet; ſin ſuperſit quod reus debeat, in id ſolum quod reliquum eſt condemnari. Unde compenſatio utrinque pro ſoluto haberi dicitur uſque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur, *l. 4. C. eod.*

Oppoſita doli mali exceptione] Itaque poſt reſcriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & ſtricti juris differentia, quod in his compenſatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis conteſtanda erat, non conteſtata fruſtra poſtea objiciebatur. In illis autem compenſatio admittebatur ipſo jure & citra ullam exceptionem propriè dictam; quod quale ſit, poſtea audiemus.

Quæ aperto jure nituntur] Id eſt, quæ ex cauſa
liquida objiciuntur. Cauſam liquidam interpre- 1
tamur, cùm apertum eſt jus debitoris, qui ſibi viciſſim quid deberi intendit. Id ita ſit, ſi cauſa debendi & juſta ſit & vera, & talem eſſe vel in præſentia conſtet confeſſione adverſarii, vel celeriter & expeditè probari poſſit. Cacheran. *deciſ. Pedemon. 129. n. 13.* Menoch. *arb. cent. 1. caſ. 14.* ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum exiſtimat. Non liquidi cum liquido compenſationem admitti Juſtinianus noluit, ſed tum alii judicio rem reſervari juſſit, ne creditori fiat injuria, ſi debitori, qui initio tacuit, poſtquam jam convictus aut pæne convictus eſt, permittatur confugere ad defenſionem compenſationis ex cauſa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* Vide tamen Chriſtin. *vol. 1. dec.*

Digitized by Google

*dec.*231.*vol.*3.*dec.*38.*n.* 8. Sanè & ſi cauſa, ex qua compenſatio objicitur, liquida non ſit, ſi tamen reus initio litis compenſationem per modum exceptionis opponat, eamque conteſtetur, audiendus eſt: nam ad hunc caſum conſtitutio non pertinet, ut bene Don.*hic.*Zanger.*part.*3.*de exc.c.* 8. *n.* 104. quorum argumentis nihil ſolidi ab aliis reponitur; adde quæ nos *lib.* 1. *ſelect.quæſt.c.*50.

Actione ipſo jure minuant] Hoc non ita ac-
2 cipiendum eſt, quaſi debitor liberetur compenſatione ſine facto ſuo, id eſt, non oppoſita defenſione compenſationis: nam cùm judex divinare non poſſit, an actor viciſſim quid debeat, à reo utique hoc allegandum eſt, petendumque, ut compenſatio admittatur: quæ tamen allegatio propriè exceptio non eſt, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compenſationi quævis tempora idonea ſunt ante executionem judicati, *l.* 2. *C. eod.* ſed ſpecies defenſionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis eſt allegatio ſolutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *inf. tit. de except.* Sed ita oppoſita & admiſſa compenſatione ſtatim ipſo jure actionem tolli aut minui, reumque retroverſus ipſo jure uſque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l.*4. *C.eod.* Quod noſſe, cum ad alias res apprime utile eſt, tum ad acceſſiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore ſublatæ eſſe intelliguntur, puta fidejuſſores, pignora, uſuræ, *l.*4.*ff.d.l.*4.*l.invicem.* 12. *C. eod.* Itaque cùm alter pecuniam gratuitam, alter ſub uſuris debet, concurrentis utrinque quantitatis uſuræ non præſtantur, *l.cum alter.* 11.*eod.* Quæcumque autem vis eſt compenſationis, ea conſtituta eſt debitori, qui compenſatione uſus eſt, *l.*2.*l.*5.*eod.* ſin minus ſalva ei manet verus petitio; nec creditor, qui totum petit, male petiiſſe videtur. Unde judicatum eſt interim etiam actionem à creditore alii cedi poſſe eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compenſatio, ea objici non poſſit ceſſionario, utique cauſam oneroſam habenti, & actione utili ſuo nomine experienti. Chriſtin. *vol.*1.*dec.*252. Ant. Fab. *C.ſuo de compenſ.defin.*3. *fac.l.* 4. §. 28. 29. & 31.*l.*5.§.*pen.de dol.mal.except.* adde eund. Anton. Fab. 12. *Conject.* 9. Ναὶ ναί.

3 *Sive in rem, ſive in perſonam*] Ponendi tamen ſunt termini habiles, nempe ſi res, de quibus compenſandis & inter ſe contribuendis agitur, compenſationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem ſunt illæ, quæ pondere, numero, menſura conſtant: quod vel ipſum nomen compenſationis indicat, quo nihil aliud ſignificatur quàm debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè oſtendit *d.l.*4.*C. de compenſ. fac. text. in l.* 18. *de pign.act.l.*22.*de compenſ.* & alias invitus, quod iniquum eſt & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra *l.* 16. *C. de jur. delib. l.* 5. *C. de obl. & act.* Denique ſi in aliis rebus, quàm quæ functionem in genere recipiunt, compenſatio admittatur, aliud cum alio compenſari poterit: quod non magis licet, quàm aliud pro alio invito creditore ſolvere; quippe cùm compenſatio non alia de cauſa debitorem liberet, quàm quia pro ſolutione eſt, *d. l.* 4. *C.de comp.* junct. *l.* 2. §. 1. *de reb. credit.* Cùm itaque quantitatis tantùm cum quantitate ſeu pecuniæ cum pecunia compenſatio ſit, conſequens omnino eſt, neque ſpeciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum ſpecie ab eo petita compenſari poſſe, multoque minus ſpeciem cum ſpecie; & quod Juſtinianus generaliter hìc conſtituit, compenſationem in omnibus actionibus opponi poſſe, ſic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem, tum in perſonam, quibus certa ſpecies petitur, ita demum compenſationi locus ſit, ſi pro re pecunia præſtari debeat, ut accidit, cùm re dolo aut culpa debitoris amiſſa aut deteriore facta, æſtimatio ejus deberi cœpit: alias opus eſt mutua petitione ſeu reconventione, ut nunc loquuntur, *l.* 14. *cum auth. ſec. C. de ſent. & interloc.* eoque pertinet *l. ult. C. de commod.* Quod & vulgo rectè probatum eſt, ut alibi demonſtrabimus: nam & huic argumento proprium deſtinavimus tractatum. Duo omnino ſunt, quibus agentibus compenſatio objici non poteſt, fiſcus & reſpublica: ſed certis dumtaxat in cauſis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehenſa ſunt *l.* 3. *C. de compenſ. l. aufertur.* 46. §. *ut debitoribus.* 5. *de jur. fiſc. l. ob negotium.* 20. *ff. de compenſ.*

Excepta ſola depoſiti actione] Quam ideo excepiſſe videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depoſiti, quod ſolius cuſtodiæ cauſa datur, donec viſum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compenſ.* excipit actionem, qua poſſeſſio rei alienæ perperam occupatæ repetitur: quæ ſanè ſpecies nullam aut retinendi aut compenſandi probabilem cauſam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti reſtitutionem commodati, id eſt, rei commodatæ, non probabiliter recuſari: ſed hoc non obſtat, quo minus dicamus, iiſdem conditionibus, de quibus ſupra, locum eſſe compenſationi etiam in actione commodati. Don. *hic. n.* 10.

Textus.

De actionibus arbitrariis.

31. *Præterea actiones quaſdam arbitrarias, id eſt, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus: in quibus niſi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori ſatisfaciat, veluti rem reſtituat, vel exhibeat, vel ſolvat, vel ex noxali cauſa ſervum dedat, condemnari debeat. Sed iſtæ actiones tam in rem quam*

in

Digitized by Google

in perſonam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quaſi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In perſonam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus cauſa, aut dolo malo factum eſt. Item cùm id, quod certo loco promiſſum eſt, petitur. Ad exhibendum quoque actionibus & cæteris ſimilibus permittitur judici, ex bono & æquo ſecundum cujuſque rei, de qua actum eſt, naturam, æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat.

NOTÆ.

31. *Ex arbitrio judicis pendentes*] Nam ſi reus arbitrio judicis paret, abſolvitur: ſi non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quàm quod facere juſſus erat, *l. 14. §. 1. quod met. ca. l. 46. & ſeq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.*

Vel ex noxali cauſa] Puta ſi adverſus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipſa arbitraria eſſet, ſi cum domino ageretur directo: puta quod metus cauſa, aut de dolo. Don. *n.* 12.

Quod certo loco] Hæc alia longè ratione arbitraria dicitur, quàm cæteræ: quippe quæ origine ſua eſt ſtricti juris; ſed ex accidenti, quod alio loco intendatur, fit arbitraria; & ideo ſic appellatur, quia arbitrio judicis æſtimandum permittitur, quanti litigatorum interſit, potius ſolvi loco conſtituto, *l. 2. quod cert. loc. §. 33. verſ. loco plus petitur. inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias conſtituere tertium genus planè diverſum à ſuperioribus.*
2 *Ex quo ſit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria? &c.*
3 *Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire ſententiam: mores hodierni.*
5 *In ea quod certo loco una ſententia rem tranſigi.*
6 *Rectène noxales inter arbitrarias numerentur? ſaltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias eſſe & rei vindicationem, & confeſſoriam, &c.*
8 *Actiones quædam arbitrariæ hìc non nominatæ.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum diſcrimen.*

INterpretes vulgo exiſtimant, non proponi hìc novum & tertium actionum genus, quod ſit diſtinctum à ſuperioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei ſint, neque ſtricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus iſtis generibus referendas: eſſe enim ex eo genere, quæ ſtricti juris appellantur, ſeu eſſe ſpeciem actionum ſtricti juris, ac proinde bipartita illa diviſione, quæ proponitur §. *actionum.* 28. *ſup.* contineri. Perez, & Corvin. *in erotematibus.* Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus conſti- 1
tuere planè ſejunctum à ſuperioribus: ut quæ ſunt hujus generis, neque ſint bonæ fidei, neque ſtricti juris. Tale utique hoc genus apertè hìc ſtatuit Juſtinianus, cùm ait, *præterea eſſe quaſdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *præterea* non aliud valet, quàm præter ſuperiores; ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & ſtricti juris, eſſe & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod ſi veterum auctoritas quæritur, non obſcurè Marcianus in *l. 5. de in lit. jur.* actiones arbitrarias ab utraque ſuperiore ſpecie ſejungit. Nam cùm initio dixiſſet, in actionibus in rem, & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, ſubjicit in calce per adverſativam, *Planè interdum & in actione ſtricti judicii in litem jurandum.* Apertè declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea diſtinxerat, nec ſtricti juris eſſe: ſunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera diſtinctè poſuit, & multo etiam apertius in *l. 3. §. 1. de uſur.* ubi ita ſcribit, *In his quoque judiciis, quæ non ſunt arbitraria, nec bonæ fidei, poſt litem conteſtatam actori cauſa præſtanda eſt.* Et igitur ex ſententia quoque Papiniani tria hæc judicia planè diverſa ſunt, arbitria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum ſunt, quæ dicuntur ſtricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum quàm ad actiones ſtricti juris? nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æſtimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat, *in fin hujus* §. & in his ſimiliter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *l. 5. de in lit. jur.* ut ſi alterutri ſpeciei aggregandæ ſint, potius referendæ videantur ad claſſem judiciorum bonæ fidei, quàm ſtricti juris: quod tamen & ipſum admittendum non eſt; & neutra harum qualitatum uſquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum conſtituunt, ut vel bonæ fidei dicantur, vel ſtricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quàm quæ in perſonam ſunt, competunt, & maximè iis, quæ ex conventionibus deſcendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarias natura ſua & origine eſſe ſtricti juris, ex accidenti autem eſſe, quod in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falſum eſt, præterquam in actiono de eo quod certo loco, quæ à cæteris toto genere diſtat, ut paulo poſt apparebit.

Ex arbitrio judicis pendentes] Actiones arbitra- 2
riæ ſunt, quæ ex judicis arbitrio pendent, unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, ſed non omnes eodem modo: longèque alia ratione actio de eo quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quàm reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum, ut duæ ſunt cauſæ inter ſe diverſæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo ſunt actionum arbitrariarum genera, iiſdem cauſis inter ſe diſtincta. Nam quædam ex eo ar-

bitra-

Digitized by Google

bitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio
ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere ſunt
actiones, quæ ſunt de eo quod certo loco dari
oportet, ſive ex cauſa ſtipulationis, ſive quia ita
cautum teſtamento, vel quia mutua pecunia ſic
data, ut certo loco redderetur, *l.1.l.5.& l.6.de eo*
quod cert. loc. Ex his enim cauſis cùm alio loco
agitur, permittitur arbitrio judicis æſtimandum,
quanti litigatorum interſit conſtituto potius loco
ſolvi, quàm eo, in quo agitur: ut ſi rei interſit,
minuatur; ſi actoris, augeatur condemnatio, *l. 2.*
pr.& §.ult.d.tit.l.un.C. ubi conv. qui cert.loc. For-
mula judicii hæc fuit: *Si paret, Titium decem Ca-*
puæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam ſuo
tempore ſolviſſe, judex arbitratu tuo condemna.
Hujus generis arbitrariæ natura ſua & origine
ſunt ſtricti juris, ſed ex accidenti, quod alio loco
intentantur, quàm in quo dari debuit, novam
qualitatem induunt, quæ ex ſtrictis eas arbitra-
rias facit. Cæteræ, quæ arbitrariæ dicuntur, diver-
3 ſam naturam & rationem nominis habent. Hæ
enim ideo ſic appellantur, quia earum hoc pro-
prium eſt, quod in iis, antequam procedatur ad
ſententiam definitivam, ad condemnationem, vel
abſolutionem, judex tamquam arbiter honora-
rius interloquitur, jubens reum aliquid facere
convenienter naturæ actionis inſtitutæ; ex quo
porro juſſu ſeu arbitrio pendent actionis exitus,
abſolutio ſcilicet aut condemnatio. Nam ſi huic
arbitrio reus paret, abſolvitur; ſi non paret, con-
demnatur: & quidem gravius atque in aliud,
quàm quod facere juſſus erat, in pœnam contu-
maciæ. Ut ecce, in actione, quod metus cauſa,
probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extor-
ta dicitur, reſtituere: ſi juſſu judicis non paret,
condemnatur in quadruplum, *l. item ſi.14.§.1.&*
deinceps. quod met.cauſ. In judicio rei vindicatio-
nis, probato dominio, jubetur poſſeſſor rem item
reſtituere: ſi per contumaciam non reſtituit, aut
dolo fecit, quominus reſtituere poſſit, conde-
mnatur quanti adverſarius in litem juraverit, *l.*
ejus rei.46.cum l.ſeq. de rei vind. l. 5.l.8. de in lit.
jurand. Item fit in actione ad exhibendum, ſi juſſus
exhibere non exhibeat, *l. 3.§ 2.ad exhib.* Formula
judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex Cic. 4.
in Verr. diſcimus: *Si paret, rem, qua de agitur,*
Titii eſſe, & ea res arbitrio tuo non reſtituatur, ju-
dex condemna. Condemna ſcilicet in aliud, &
tanti, quanti res æſtimata erit jurejurando acto-
ris. Itaque in poſteriore hoc genere duplex ſen-
tentia intervenit: una interlocutoria, juſſus ſeu
4 arbitrium de reſtituendo vel exhibendo; altera
definitiva, litem terminans abſolutione aut con-
demnatione, prout reus præcedenti arbitrio pa-
ruerit aut non paruerit, quæ veteribus abſolutè
ſententia dicitur. Atque, ut ante diximus & pro-
bavimus, ubi reus eſt contumax, in aliud & gra-
vius quid condemnatio fit, quàm quod arbitrio
continetur: puta vel in quadruplum, ut actione
quod metus cauſa, vel in id, quanti res æſtimata
fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus
generis. Nam quod aliquando etiam in caſu
contumaciæ ultra non proceditur, ſed arbitrium
tranſit in ſententiam definitivam, & mandatur
executioni, *l.qui reſtituere.68.de rei vind.* extra-
ordinarium eſt, *arg. l. finita. 15.§. ubi autem.*
23.de damn. inf. l. 1.§. 2. ſi ventr. nom.mul.in poſ-
ſeſſ. quamquam moribus noſtris convenit, quibus
ſemper in rem petitam fit condemnatio & exe-
cutio. Sed neque arbitrium præcedit, aut poſſeſ-
ſor victus jubetur interloquente judice rem reſti-
tuere: verùm ſtatim definitivè condemnatur,
art.172.Inſtr.Cur.Holl. Merul. *lib. 4. diſt. 4.ſect.5.*
tit.7.cap.1. In priore autem genere res una ſenten-
tia tranſigitur, ut in aliis fere actionibus, id eſt, 5
nullo juſſu judicis præcedente, ex quo ſenten-
tia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actio-
ne de eo quod certo loco, ſed tunc, cùm profert
ſententiam, nec tam quid reus faciendum ha-
beat, quàm quid ipſe pronuntiandum ac poſtea
exequendum. Non obſtat, quod ait Ulpian. *l. 4.*
§.1.de eo quod cert. loc. interdum judicem, qui ex
hac actione cognoſcit, cùm ſit arbitraria, abſolve-
re reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia
ibi ſolvenda, ubi promiſſa eſt. Nam hoc ſingu-
lare eſt, & extra caſus illic propoſitos vix locum
habet: neque jubetur ea cautio interponi per
modum arbitrii aut juſſus, cui ſi non pareatur,
reus gravius condemnetur, ſed ad poſtulationem
ipſius rei mero judicis officio æquitatem ante
oculos habentis; efficitque tantùm ut actor re-
mittatur ad locum conſtitutum. Ant.Fab.*deciſ.*
90.*err.*2. Hæc notanda fuerunt, propterea quod
Juſtinianus ſpecies ſive exempla utriuſque gene-
ris confuſim propoſuit.

Niſi arbitrio judicis ſatisfaciat] Ita hìc loqui-
tur, quaſi omnium actionum arbitrariarum hoc
commune ſit, quod in iis judex prius quàm
ſententiam ferat, arbitretur ſive jubeat reum
aliquid facere; quod tamen quarumdam dum-
taxat eſt proprium, & non pertinet ad actiones
arbitrarias, quæ ſunt de eo quod certo loco,
ut ſuperius demonſtratum eſt.

Vel ex noxali cauſa] Inter actiones arbitrarias 6
numeratur hìc & actio noxalis, id eſt, ea, quæ ex
maleficio ſervi adverſus dominum competit, ut is
damnatus aut litis æſtimationem ſufferat, aut
ſervum noxæ dedat, *inſ.de noxal.act.* In quo qui-
dam putant, iterum errare Tribonianum: nam
actiones noxales inter arbitrarias referri non
poſſe; quoniam in his neque condemnatio arbi-
trio judicis committitur, ut in actione de eo quod
certo loco, neque arbitrium aliquod judicis inter-
ponitur, unde pendeat ſententia, ut in cæteris; ſed
judici præſcribitur jure, quam ſententiam ferat:
nimirum ut poſtquam probatum eſt, ſervum no-
xam commiſiſſe, dominum condemnet in de-
cem, aut ſervum noxæ dedere. Quod cùm ſtatim
& conjunctim facere jubeatur, judici hìc adimi
omnem arbitrii interponendi facultatem, cui pa-
rendo liceat condemnationem evitare. Nos ta-
men excuſare Tribonianum malumus, hoc ſcili-
cet colore, quaſi non ideo actiones noxales inter
arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas ſem-

per

Digitized by Google

per eſſe arbitrarias, ſed quia tales ſunt interdum. Et ſanè ita res habet, (quicquid in contrarium diſputet Ant. Fab. *dec. 92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non eſt arbitraria, interdum talis eſt. De quo ſic habendum. Ex quibus cauſis directa, ſeu ea, qua dominus ex ſuo maleficio convenitur, arbitraria non eſt, ex iiſdem cauſis nec noxalis arbitraria erit: & contra, qua ex cauſa directa eſt arbitraria, ex eadem cauſa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non eſt propria ſpecies actionis, ſed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hìc tantùm effectus eſt, ut liceat domino deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æſtimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cùm igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, ſi ex maleficio domini adverſus dominum agatur, arbitrariæ non ſint, nec arbitrariæ erunt, ſi dominus his non aliter conveniatur nomine ſervi. Ratio eſt, quia in noxali actione eadem domini condemnatio eſt, quæ in directa, niſi quod in noxali hæc disjunctio eſt, ut dominus ſolvat, aut ſervum noxæ dedat; at hoc fit ſimul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverſo cùm actio quod metus cauſa, & actio de dolo ſint arbitrariæ, cùm adverſus aliquem directo & nomine ſuo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cùm intentantur nomine ſervi noxaliter: quod fieri poſſe conſtat, *l. quod diximus. 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantùm arbitrium judicis, quod in actione directa continet ſolummodo juſſum de re reſtituenda, in noxali adjunctum habebit juſſum de ſervo noxæ dedendo, ſub disjunctione, ut dominus rem reſtituat, vel ſervum noxæ dedat, ut ſi neutrum horum fecerit, ſequatur condemnatio; qualis in actione directa. Ita & D. Duar. *de in lit. jur. num. 47.* D. Donell. *hic. num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana] Duas profert ſpecies actionum in rem, Publicianam & Servianam ſeu hypothecariam; quas arbitrarias eſſe declarat. De hypothecaria etiam eſt textus in *l. ſi fundus. 16. §. 3. de pignor.* An igitur hæ ſolæ in hoc genere ſunt arbitrariæ? Nequaquam.
7 Nam vel maximè arbitraria cenſenda eſt actio in rem civilis, ſive rei vindicatio: quippe in qua præcipuè arbitrium judicis de re reſtituenda locum habet, & re non reſtituta, ea, quam ſupra diximus, in juratam litis æſtimationem condemnatio, *l. ejus rei. 46. cum l. ſeq. de rei vind. dic. l. 5. & l. 8 de in lit. jur. l. ultim. de fidejuſſ.* niſi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipſum arbitrium executioni mandatur, & res poſſeſſori aufertur, juxta *l. qui reſtituere. 68. de rei vindic.* Quod enim Ulpianus ibi ait de re æſtimanda jurejurando in litem, eo caſu, quo reus dolo fecit, quo minus rem reſtituere poſſit; id non ita accipiendum eſt, quaſi hoc ſolo caſu locus eſſet jurijurando in litem; ſed quod iſto caſu juſjurandum illud ſit neceſſarium, cùm in caſu prius poſito, ubi res penes contumacem eſt, poſſit etiam non jurari, & deſiderante actore res auferri manu militari. Sed & ſi quæ ſunt aliæ in rem actiones, ſive civiles, ut confeſſoria & negatoria; ſive prætoriæ, ut reſciſſoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eamdem æquitatem arbitrii & reſtitutionis admittunt, eumdemque exitum condemnationis habent, ut ſignificatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui reſtituere. 68.* Itaque male nonnulli hinc removent ipſam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones ſtricti juris; quod vel ex ſola formula hujus judicii intelligi poteſt. In ſumma, omnes in rem, arbitrariæ excepta petitione hæreditatis, quam placuit eſſe bonæ fidei: & ideo licet & ipſa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei poteſtate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua ſola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus cauſa, aut dolo malo] Actionem quod metus cauſa arbitrariam eſſe, etiam Ulp. ſcribit in *l. item ſi. 14. § hæc autem actio. 4. quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit Paul. in *l. arbitrio. 18. de dol.*

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris diſtet, ſuperius expoſitum eſt.

Ad exhibendum] Actionem ad exhibendum eſſe ex numero arbitrariarum, palam eſt: quoniam in ea quoque fit idem, quod in ſuperioribus. Nam poſtquam actor docuit, ſua intereſſe rem exhiberi, jubetur reus exhibere: niſi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hìc non quanti æſtimetur ex affectu res, quæ exhiberi poſtulatur, ſed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris ſimilibus] His verbis ſignificat, non eas ſolas actiones, quas nominavit, arbitrarias eſſe, ſed eſſe plures hujus generis, quæ hìc recenſitæ non ſunt. Ex actionibus in rem in numero g arbitrariarum tantùm poſuit duas prætorias, Publicianam, & hypothecariam, ſed addita particula *veluti*; ut intelligerèmus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias eſſe, nos autem tales eſſe oſtendimus, quotquot ſunt in rem, ſive civiles ſint, ſive prætoriæ. Ex iis, quæ ſunt in perſonam, præter eas, quæ hìc nominantur, arbitraria eſt actio rerum amotarum, *l. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Ejuſdem quoque generis eſt actio Faviana, *l. 5. ſi quid in fraud. patr.* item Pauliana, *arg. l. 8. l. 10. §. & fructus. 20. quæ in fraudem cred.* Ant. Fab. *dec. 93. err. 5. & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot ſunt in perſonam ad reſtituendum, dum non ſint bonæ fidei. Planè in actionibus quoque bonæ fidei; quæ ſunt ad reſtituendum, quales ſunt, commodati, depoſiti, locati, pigneratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res tranſigi ſolet, ut prius interponatur arbitrium de re reſtituenda, & niſi arbitrio paritum ſit, jurejurando actoris lis æſtimetur, *l. 3. §. 2. commod. l. 1. § in depoſiti. 26. depoſ. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen

tamen

Digitized by Google

men non ideo dicendæ ſunt arbitrariæ : quoniam id non ſola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, ſed poteſtate bonæ fidei habent : quæ cùm omnem ſpeciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipſam reſtitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ verò hanc unam fere ſpeciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis inſtitutæ; poſt deinde condemnet, ſi arbitrio non pa-
9 reatur. Atque hinc explicandum, quod eſt in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei ſatis prolixa eſt. Coſtal. in *l. 7. de eo quod certo loco*. Inter arbitrarias perperam Pacius *in not.* & D. Perez. *in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim eſt, ut hæc bonæ fidei ſit, *l. 11. §. 3. de act. empt.* ubi diſertè Juriſconſultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

Textus.

Quinta diviſio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum poſſibile ei ſit, certæ pecuniæ vel rei ſententiam ferat; etiam ſi de incerta quantitate apud eum actum eſt.*

Notæ.

32. *Quantum poſſibile ei ſit*] Interdum enim natura rei id non patitur: veluti ſi plures res disjunctim, vel generaliter promiſſæ petantur: nam judex non poteſt electionem, quæ hic reo competit, ei adimere, in unam certam rem eum condemnando.

De incerta quantitate] Puta de eo, quod intereſt, cujus quantitas eſt incerta, §. *ult. ſup. de verb. obl. l. 68. eod. l. 24. de reg. jur.*

Commentarius.

1 *Cur placeat, ſententiam ſine certa re aut quantitate prolatam non valere?*
2 *Certitudo ſententiæ unde metienda?*
3 *Quibus caſibus ſiat, ut certa ſententia ferri nequeat?*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri ſententiam.*

1 PRæceptum generale pertinens ad omnes actiones & judicia, ſive bonæ fidei aut arbitraria, ſive ſtricti juris, & ſive certa quantitas petita eſt, ſive incerta. Nam ſemper ita judex pronuntiare debet, ut ſententia ſua finem liti imponat & controverſiam dirimat, *l. 1. de re iud.* Etſi autem hoc ſemper fit cùm reus abſolvitur, non fit tamen ſemper eùm condemnatur, niſi condemnetur in certam rem aut quantitatem, ſive quod idem valet, niſi certa ſententia feratur.
2 Etenim cùm ex conceptione ſententiæ non apparet, quid quantumque præſtandum ſit, de quo quærebatur, tantum abeſt, ut tollatur controverſia, ut ea etiam augeri poſſit. Et ideo merito placuit, hujuſmodi ſententiam ipſo jure nullam eſſe, nec rei judicatæ auctoritate cenſeri, *l. pen. & ult. C. de ſentent. quæ ſin. cert. quant.* Don. *num. 2. & ſeq.* Schneid. *num. 22.* Mynſ. *num. 3.* & comm. DD. *hic*. Enimverò certitudo ſententiæ non ex eo ſolo metienda, quod judex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expreſſerit; ſed etiam ex eo, quod ſe referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum inſtrumentum, veluti ſi dicat, *Solve quod petitum eſt*, referens ſe ad certam partem actorum, atque ex actis conſtet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cùm codicilli in judicio eſſent prolati, *l. 5. §. 1.* & ibi DD. *in l. ſententiis. 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de ſent. quæ ſin. cert. quant.* Chriſtin. *vol. 4. deciſ. 94. num. 10.* Sed etſi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum ſe expreſſè retulerit, nihilominus tamen plerique exiſtimant valere ſententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quaſi tacitè ad eas ſe retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita reſtringunt *text. in l. quid tamen. 21. §. 3. de rec. arb.* Sin verò id exactis probatoriis non apparet, tunc hujuſmodi ſententiam non valere, etiamſi certa quantitas libello comprehenſa ſit: nam cùm jus vetet ex aſſertione partis ſententiam ferri, credibile non eſſe, judicem ſe eo referre voluiſſe: vid. Zaſ. in *l. 5. §. 1. de re jud.* Mynſ. *hic. n. 12.* Schneid. *n. 24.* Matheſilan. *ſing. 141.* & qui omnium accuratiſſimè diſtinguit, Pet. Barboſ. *ad tit. ff. ſolut. matr. p. 5. rubr. n. 47.* Eſt ergo notandum, numquam ſententiam à libello recipere interpretationem, niſi ad eum expreſſè habita ſit relatio.

Quantum poſſibile ei ſit] Hoc ideo addit, quia 3
interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa ſententia ferri poſſit; atque eo caſu procul dubio incerta valere debet; veluti cùm plures res disjunctim vel generaliter promiſſæ petuntur. Cùm enim in his rei petitæ præſtatio pendeat ex electione debitoris, §. *ſeq. verſ. huic autem. & ſeq.* non poteſt judex hanc ei adimere, in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum eſſe, & ſententiam incertam valere, cenſent DD. in actione univerſali, qualis eſt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciſcundæ, item & maximè quando ſuper acceſſionibus, puta fructibus & expenſis petitis, ſententia fertur, eoque jure utimur. Chriſtin. *d. deciſ. 94. num. 11.* vid. plenè Jo. Fab. *hic. n. 12. & ſeqq.* Non idem eſt in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro ſocio, negotiorum geſtorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, ſed quia in his res ante ſententiam declarandæ ſunt, juxta *l. 2. C. de judic.* Chriſtin. *d. loc. n. 26.* certa hic ſententia ferri debet. Quod

quo-

Digitized by Google

quomodo procedat, poſt Jo. Fab. & Plat. docet Schneid. *hic. n. 4. & n.* 30. Excipit Accurſius & judicia noxalia: ſed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi eſt à lege, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod & ipſe alibi agnoſcit, *§. 1. inf. de off. jud.*

Etiamſi de incerta quantitate] Additum potiſſimè propter obligationes faciendi, in quibus ſi factum non ſit, quod fieri debuit, obligatio & petitio eſt in id quod actoris intereſt, *l. ſi quis. 13. §. 1. de re jud. l. ſi pœnam. 68. l. ſtipulationes.* 4 *72. de verb. obl. §. ult. ſup. eod. tit.* Hoc igitur vult Juſtinianus, etſi id, quod intereſt, petatur, cujus quantitas incerta eſt, *d. l. ſi pœnam. 68. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam ſententiam ferendam; ut judex prius cognoſcat, quanti interſit actoris, & quantum id eſſe cognoverit, tantum ſententia ſua complectatur, in eamque ſummam reum condemnet, quod etiam fieri debere ſatis apertè præcipitur in *l. un. C. de ſent. quæ pro eo quod int.* Nec metuendum, ne hic judex videatur reum in aliam rem condemnare, quàm quæ petita eſt, contra quàm cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodnm ſcitè à veteribus dictum eſt, eum, qui frumentum ex ſpicis excutit, non novam ſpeciem facere, ſed eam, quæ eſt, detegere, *l. adeo. 7. §. cum quis. 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cùm certam ſummam dicit ejus, quod intereſt, non aliam rem dicit, ſed eam, quæ petita eſt, & quam actor intelligi voluit, explicat ita Don. *hic. n. 5.* Vulgo autem reſpondent, incertum & certum eſſe qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & ſententiam, Mynſ. *hic. n. 4.* Porro & alias, quamvis incerta ſit petitio, certa tamen ſententia, quoad fieri poteſt, ferenda eſt, ut in actionibus generalibus, veluti pro ſocio, tutelæ, negotiorum geſtorum, uti jam ante dictum eſt. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æſtimare, quemadmodum actori ſatisfieri oporteat: ſententia tamen ſemper certa eſſe debet.

TEXTUS.

De pluris petitione.

33. *Si quis agens intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, cauſa cadebat, id eſt, rem amittebat; nec facile in integrum reſtituebatur à prætore, niſi minor erat 25. annis. Huic enim ſicut in aliis cauſis, cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus juventute fuerat; ita & in hac cauſa ſuccurri ſolitum erat. Sane ſi tam magna cauſa juſti erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque labi poſſet, etiam majori 25. annis ſuccurrebatur: veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata data ſint; quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & cauſa. Re, veluti ſi quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut ſi is, cujus ex parte res eſt, totam eam, vel majorem partem, ſuam eſſe intenderit. Tempore, veluti ſi quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quàm ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur, eadem ratione qui præmaturè petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cùm quis id, quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, alio loco petit ſine commemoratione illius loci, in quo ſibi dari ſtipulatus eſt. Verbi gratia, ſi is, qui ita ſtipulatus fuerit,* Epheſi dare ſpondes? *Romæ purè intendat, ſibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione. Propter quam cauſam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quæ promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed & pecunia numerata non in omnibus regionibus ſub iiſdem uſuris fœnerantur. Si quis tamen Epheſi petat, id eſt, eo loco petat, in quo ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione rectè agit. Idque etiam prætor demonſtrat, ſcilicet quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt, qui cauſa plus petit: ut ecce, ſi quis ita a te ſtipuletur,* Hominem Stichum, aut decem aureos dare ſpondes? *deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere ſtipulationis, promiſſoris eſt electio, utrum pecuniam, an hominem ſolvere malit. Qui igitur pecuniam tantùm, vel hominem tantùm ſibi dari oportere intendit, eripit electionem adverſario, & eo modo ſuam quidem conditionem meliorem facit, adverſarii verò ſui deteriorem. Quæ de*

cauſa talis in ea reprodita eſt actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem ſibi dari oportere, id eſt, ut eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis generaliter hominem ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat, aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde ſpecialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adverſario tollit, cui ſtipulationis jure liberum fuit, aliud ſolvere, quam quod peteretur. Quin etiam licet viliſſimum ſit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, ut promiſſori facilius ſit, illud ſolvere, quod majoris pretii eſt. Sed hæc quidem antea in uſu fuerant, poſtea verò lex Zenoniana & noſtra rem coarctavit. Et ſi quidem tempore plus fuerit petitum, quid ſtatui oporteat, Zenonis divæ memoriæ loquitur conſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, ſi quod forte damnum ex hac cauſa acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commiſſa tripli condemnatione, ſicut ſupra diximus, puniatur.

Notæ.

33. *Vel ante conditionem*] Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo diei poſſit ante agendo plus peti; veluti ſi quis dare promiſerit, ſi morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, ſed nihil agere, *l. un. in fin. quand. di. uſusfr. leg. 36. de ſolut.*

Arbitraria actio proponitur] Quæ quam ob cauſam introducta ſit, docet Cajus *l. 1. de eo quod certo loc.*

Ratio utilitatis, quæ promiſſori] Pluris petitio hìc æſtimatur ex damno promiſſoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus eſſet, ſi eo loco ſolveret, in quo ſe ſoluturum promiſit.

Quia utilitas ſolvendi ſalva promiſſori] Id eſt ratio utilitatis, quæ promiſſori competitura fuiſſet, ſi alio loco ſolveret, non habetur: nam cum eo loco convenitur, quo dare promiſit, ejus nihil intereſt ratione loci. Fabror.

Specialiter Tyriam] Quæ nobilior eſt. Strabo *lib. 16.* Plin. *lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8.* Euſtath. *ad Odyſſ. 15.* ἐπαινεῖται γοῦν ἡ Τυρία πορφύρα.

Commentarius.

1 *Qui ante conditionem petit, eum nihil conſumere.*
Vinnius in Inſtitut.

2 *Pœna à Zenone conſtituta in eos, qui tempore plus petunt; à Juſtiniano in eos, qui alio modo.*

3 *Quid nunc fere in praxi circa hæc obſervetur?*

Superius admonuit judicem officii ſui in ferenda ſententia. Hìc actorem inſtruit ad actionem rectè inſtituendam, formandumque libellum petitorium. Summa diſputationis huc redit, ut petat actor, quod ſibi debetur; ut petat, quantum ſibi debetur; ut petat ex ea cauſa, ex qua debetur. Si ſecus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab obſervatione juris veteris procul receſſum, ut poſtea intelligemus.

Cauſa cadebat] Ut diſcerent omnes jus ſuum diligenter explorare, nec temere aliis creare moleſtiam, placebat olim, eum, qui plus quàm ſibi deberetur, petierat, graviter mulctari, remque totam amittere, uti paſſim ex Cicerone intelligi poteſt, præſertim ex *oratione pro Q. Roſcio Comœdo.* fac. *l. 1. de int. injur. l. ſi pater. 36. de ſolut.* Hinc illud apud Plautum in *Moſtellaria. act. 3. ſcen. 1. v. 123. Velim quidem hercle ut uno nummo plus petas.* Id veteres dicebant *cauſa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. cap. 36.* Sueton. *in Claud. c. 14.* Senec. *epiſt. 48.* Quintil. *lib. 3. Inſt. orat. cap. 6.* diſcimus.

Nec facile integrum reſtituebatur] Adverſus amiſſionem cauſæ ob pluris petitionem nemo à prætore reſtituebatur, niſi ex iis cauſis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum reſtitutionem præbebant. Quarum duæ hìc proferuntur, ætas perſonæ plus petentis, & juſta errandi cauſa. Faciliores aliquando Principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* ſolitum eum fuiſſe reſtituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidiſſent. Vinn. Immo & Prætorem id aliquando feciſſe, diſcimus ex Senec. *Epiſt. 48.* ubi eleganti alluſione & Philoſophiam adverſus captiones Sophiſtarum in integrum reſtituere ait. Locum ipſum habes paullo poſt ad verba: *Etiam majori*: Hein.

Niſi minor erat viginti quinque annis] Minori, qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo cauſa ceciderat, prætor cauſa cognita ſubveniebat per reſtitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & paſſim, de minoribus.*

Etiam majori] Ex illa parte edicti de majoribus reſtituendis, *Item ſi quæ alia mihi cauſa juſta eſſe videbitur, in integrum reſtituam*, *l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Juſti erroris, & qui ob id merito etiam in majoribus excuſetur, cauſa eſt in hac ſpecie: Titio centum teſtamento legata ſunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex teſtamento petit. Item in hac: Teſtator dodrantem bonorum in teſtamento Sempronio legavit; poſt deinde in codicillis nonnihil legavit Titio: Sempronius qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum

ex teſtamento petit. Juſtus in utraque ſpecie error eſt, & cui ignoſci oporteat, propterea quod ex alieni facti naſcitur ignorantia, *l.ult.pro ſuo.* Alludit huc Seneca *epiſt.* 48. *Quid enim aliud agitis, inquit,cùm eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quàm ut formula cecidiſſe videatur? Sed quemadmodum illud prætor, ſic eos Philoſophia in integrum reſtituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit ſententia, ſi legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in propoſito periculor plus petiiſſe videarur,quàm dodrantem, hæc eſt, quod lege Falcidia legata ipſo jure minuantur. Ut bene obſervavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis] Pœnæ plus petitionis non ſolùm locus erat, cùm quis re aut quantitate plus petiiſſet, ſed etiam cùm quavis alia ratione, puta tempore, loco aut cauſa ſeu modo. Paulus 1. *ſent.* 10. *Cauſa cadimus*, inquit, *aut loco, aut ſumma, aut tempore, aut qualitate. Loco, ſi alibi; ſumma, ſi plus, quàm damus, petimus; tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejuſdem ſpeciei rem meliorem poſtulantes.* Hæ quatuor ſpecies plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Juſtiniano.

Re, veluti ſi quis pro decem aureis, &c.] Re plus petere dicitur, qui majorem vel ſummam pecuniæ, vel partem rei, quàm quæ ſibi debetur, petit.

Tempore, veluti ſi quis ante diem vel conditionem] Plus quàm debetur, ſine controverſia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promiſſum eſt, etiam ante diem debetur: ut hìc ſubſit debitum quod peti poſſit, & præmaturè petendo amitti, §. 2. *ſup.de verb. obl.l. cedere.* 213. *de verb.*
1 *ſign.*junct.§. *temporales.* 10. *inf.de except.* Sed quod additur, etiam eum plus petere, quàm debetur, qui ante conditionem petit, incautè & perperam adjectum videtur. Etenim cùm conditio ſuſpendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, §. *ſub cōditione.* 4. *ſup.de verb.obl. d.l.cedere.* 213. *de verb.ſign.l.*8. *de per. & com.rei vend.* quomodo dici poteſt, plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc eſt, eo tempore, quo nondum ulla nata eſt obligatio? Quod ſi ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, conſequens eſt, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem conſumebat, quia in judicium eam deduxiſſet, *d.* §. *temporales.* 10. *inf.de exc.* At pendente conditione cùm nihil ſit, quod debeatur, nihil quoque eſt, quod in judicium deduci, & deducendo conſumi poſſit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, ſed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies uſuſfr. leg. ced.* & diſertè nihil conſumere, *l. ſi pater.* 36. *de ſolut.* An igitur putamus, hæc latuiſſe Tribonianum? Potius eſt, ut dicamus, eum per conditionem intellexiſſe, non eam, quæ verè conditio eſt, ſcilicet, quæ an extitura ſit, incertum eſt, & qua proinde pendente nihil debetur: ſed eam, quam veteres minus propriè conditionem vocant, nimirum, quam certum eſt omnimodo extituram eſſe, veluti, ſi quis, ſi morietur, vel cùm morietur dare promiſerit, & ſtipulator vivo promiſſore agat. Nam tali ſub conditione quod promiſſum eſt, pendente quoque ea debetur, *l. nam ſi.* 17. *cum l. ſeq. de cond. ind. l.* 9. §. 1. *de novat.* Et igitur, *ante conditionem*, intellige, *quæ modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici poſſit, ante agendo plus peti, quàm debeatur.

Qua enim ratione qui tardius] Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur: nam contrariorum ſunt contraria conſequentia. Conſtat autem, eum, qui tardius ſolvit, minus ſolvere; quoniam emolumentum intermedii temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut qui ſolvit celerius, plus ſolvat; quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui cito dat*, & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in ſe eſt, debitorem privat.

Loco plus petitur] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco ſibi dari ſtipulatus erat, alio loco purè petit. Quæ pluris petitio æſtimatur ex damno promiſſoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus eſſet, ſi eo loco ſolveret, in quo ſoluturum ſpopondit.

Romæ purè intendat ſibi dari] Purè intendere ſibi dari oportere hìc dicitur, qui intendit ſibi dari oportere ſine commemoratione loci, in quo dari ſibi ſtipulatus eſt, & omiſſa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æſtimandi ex bono & æquo, quantum promiſſor ſolvere debeat. Nam pura intentio hìc actioni arbitrariæ è regione opponitur.

Alio loco petenti arbitraria actio] Alio loco, quàm in quem ſibi dari quiſque ſtipulatus eſſet, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, ſi promiſſor ad eum locum, in quem daturum ſe promiſiſſet, numquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis neceſſario diſtringeretur, non poſſe ſtipulatorem ad ſuum pervenire: ideo viſum eſt, in eam rem actionem utilem ſive arbitrariam comparare, *l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori conſulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria, cui alibi convento arbitrio judicis ſalva præſtatur utilitas loci conſtituti. Illud hìc obiter monendi ſumus, quod paſſim dicitur, eum, qui certo loco dare promiſit, poſſe quolibet alio loco arbitraria actione conveniri, ſic accipiendum, ut ſupponantur termini habiles, id eſt, modo locus ſit idoneus, qualis eſt locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l.hæres.* 19. §. 1. *& deinceps de jud. l. contraxiſſe.* 21. *de O. & A.* Coſtal. *ad l.* 1. *de eo quod cert. loc.* Perez. *in C. eod. n.* 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus] Conſtat, varia eſſe rerum pretia per ſingulas civitates regioneſque; maximè vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem poteſtas ubique eſſe, tamen aliis locis facilius & levio-

Digitized by Google

levioribus uſuris pecunia invenitur, aliis difficilius & uſuris gravioribus, *l. 3. de eo quod cert. loc.*

Proximus eſt, qui cauſa plus petit] Verbum cauſa variam admodum in jure civili ſignificationem habet, & quæ facilius intelligitur, quàm exprimitur. Hìc autem ſignificat modum ſeu qualitatem obligationis, *l. obligationum. 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act.* Paul. 1. *ſent.* 10. Qui autem cauſa plus petit, idem fere peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quàm ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori; ita qui cauſa plus petit, promiſſori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Duæ ſunt ſpecies plus petitionis ratione cauſæ: quarum altera hìc proponitur, cùm ex pluribus rebus disjunctim promiſſis una aliqua certa petitur: altera mox ſubjicitur, cùm, genere promiſſo, petitur certa ſpecies. In utraque autem ſpecie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promiſſoris electio eſt] In disjunctivis obligationibus, id eſt, cùm illa aut illa res promittitur, rei electio eſt, *l. plerumque. 10. in fin. de jur. dot.* Et ideo qui electionem ſibi non conſtituit, incertum ſtipulari dicitur, *l. ubi autem. 75. §. qui illud. 8. de verb. obl.*

Generaliter hominem ſtipulatus] Sicut in promiſſione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promiſſione generis, *l. cum is. 32. in fin. de cond. ind. l. fidejuſſorem. 52. mand. l. ex pluribus. 106. de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promiſſo certam ex eo genere ſpeciem petit, qua is plus petere dicitur, qui pluribus rebus disjunctim promiſſis, unam earum petit ſimpliciter.

Et ſpecialiter Campanum petat] Theophilus ſcribit, vinum Campanum omnium aliorum eſſe peſſimum: cùm tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum eſt, adducant, *l. ſtipulationum. 74. & l. ſeq. §. 2. de verb. obl.* uti hìc etiam Juſtinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generoſiſſima numerant; qualia ſunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum*, *Maſſicum*, *Falernum*, *Formianum*, *Calenum*. De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib.* 1. *c.* 16. ita ſcribit, *Omnium non modo Italia, ſed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga eſt. Nihil mollius cælo: bis floribus vernat. Nihil uberius ſolo: ideo Liberi Cererisque certamen dicitur*. Et paulo poſt: *Hic amicti vitibus montes, Gaurus, Falernus, Maſſicus, & pulcherrimus omnium Veſuvius.* Eadem fere de ora Campaniæ habet Plin. *lib.* 3. *c.* 5. unde videtur Florus ſua deſcripſiſſe.

Tyriam] Purpuram omnium pretioſiſſimam, teſte Strabone, *lib.* 16. add. Plin. *lib.* 5. *c.* 19. & *lib.* 21. *cap.* 8. Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id eſt, quaſi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib.* 7. *c.* 17.

Licet viliſſimum ſit] In pluris petitione rationе cauſæ plus non tantùm æſtimatur ex pretio & valore rei, ſed etiam ex facultate ſolvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpe enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea] Quibuſcumque modis
ex quatuor, quos Juſtinianus expoſuit, plus peti-
tum eſſet, ea olim erat pœna plus petitionis, ut
actor cauſa caderet. Sed poſtea ab hac pœna re- 2
ceſſum eſt, & in eos, qui tempore plus peterent,
alia pœna conſtituta à Zenone; in eos, qui alio
modo, à Juſtiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de except. §. temporales.* 10. nimirum ut adverſus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem ſuſcipere cogatur, quàm impenſæ prioris litis ei fuerint refuſæ. Conſtitutio ipſa deſideratur. Epitomen ejus ex Baſilicis eruit Cujac. *lib.* 12. *obſ.* 21. Adverſus cæteros Juſtinianus hanc pœnam ſe ſtatuere ait, ut ſi quid ex pluris petitione damni ſenſerit adverſarius, id petitor triplo compenſet. Juſtiniani quoque hæc conſtitutio intercidit, & ideo multa hìc nobis incerta relinquuntur. Refert ſe hìc ad *§. tripli.* 24. *ſup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigerent ſportulas: hìc autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra cauſam doli, obtinere, eademque pœna mulctari eos quoque, qui loco & cauſa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod
reo per cauſam injuſtæ petitionis illatum eſt. In 3
praxi neutra prædictarum conſtitutionum obſervatur, quo facilior earum jactura eſt. In toto enim Belgio, Gallia, aliiſque regionibus eo nunc jure utuntur, ut ſi quantitate aut ſumma plus petitum ſit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus ſi nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expenſas; idque propter moram, cùm partem, quam ſe debere non ignorabat, offerre debuerit. Si verò reus partem debitam offerat, actor in lite perſeverans reo in expenſas condemnatur. Quod ſi certum corpus, quod noſtri ſpeciem, Philoſophi individuum appellant, petitum ſit, veluti fundus, & pars injuſtè poſſeſſa non offeratur; impenſæ, quaſi in mutua victoria compenſantur. Idemque eſt, ſi debitum non ſit liquidum: nam tunc debitori imputari non poteſt, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita abſolvitur reus, ut ſalvum jus actori maneat conveniendi reum in loco conſtituto, & in expenſas illius inſtantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum. 13. § ſive autem. 6. C. de judic.* Idem eſt, ſi ante tempus agatur, aut ſi quod ſub disjunctione debetur, petatur ſimpliciter. Nam & hìc ſolet judex reum ab obſervatione judicii abſolvere cum expenſis, ſalva facultate actori conveniendi reum, cùm dies venerit, vel petendi disjunctim, quod ſimpliciter petitum fuerat. Rebuff. *ad conſtit. Reg. proœm. tom.* 1. *n.* 53. Imbert. *lib.* 2. *Inſt. forenſ. c.* 15 1. Papon. *lib.*

Digitized by Google

8.tit.1.arreſt.2. & 3. Ant. Fab. *C. ſuo. de plus pet. defin. unic.* Tuld. & Petez. *C. eod.* Chriſtin. *vol. 1. deciſ.*266.& *vol.2.deciſ.*157. ubi plures alleg. add. Cov.*lib.*1.*var.reſ.cap.*2.*n.* 5. Menoch. *de arb. jud. lib.*2.*cent.*2.*caſ.*177. ubi latè tractat, quæ ſit juſta litigandi cauſa, ut in lite ſuccumbens excuſetur ab expenſis.

TEXTUS.

De minoris ſummæ petitione.

34. *Si minus intentione ſua complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineat, veluti ſi quum ei decem aurei deberentur, quinque ſibi dare oportere intenderit; aut ſi quum totus fundus ejus eſſet, partem dimidiam ſuam eſſe petierit, ſine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adverſarium eodem judicio ei condemnat ex conſtitutione divæ memoriæ Zenonis.*

COMMENTARIUS.

MInus non quatuor modis, ut plus, ſed uno tantùm, nempe re petitur; ut exempla hìc propoſita declarant. Ac de loco quidem & cauſa manifeſtum eſt: de tempore verò dubitari poſſet. Nam ſi tempore & plus peti & minus ſolvi poteſt, ut ſuperius diximus; videtur etiam & minus peti & plus ſolvi eodem modo poſſe. Sane ſi plus petit, qui ante tempus petit, plus etiam ſolvit, qui ante tempus ſolvit. Quin etiam dialectica ratione diſputari poſſet, ſin minus ſolvit, qui poſt tempus ſolvit, minus etiam petere, qui poſt tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem ſermonis conſuetudinem, neque in uſum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam niſi poſt tempus exactum debetur; & id ipſum nonnumquam longo poſt intervallo petitur.

Sine periculo agat] Qui minus petit, quàm ſibi debetur, etſi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod ſibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna eſt: liceatque actori comperto errore ſuo actionem poſtea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum eſt ab initio actionem dividere, partemque petere, ſalvo jure reliquum poſtea petendi.

Eodem judicio] Quomodo hoc accipiendum ſit, videbimus §. *ſeq.*

Ex conſtitutione Zenonis] Epitome conſtitutionis Zenonianæ, qua Juſtinianus ait, poteſtatem judici permitti in caſu propoſito, etiam in reliquum quod ſibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita eſt à Cujacio *lib.* 12. *obſ.* 21. quæ novis in editionibus eſt *l.* 1. *C. de plus pet.* Conſtitutionem ipſam non habemus.

TEXTUS.

Si aliud pro alio petatur.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, ſed in eodem judicio cognita veritate, errorem ſuum corrigere ei permittitur: veluti ſi is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut ſi quis ex teſtamento dari ſibi oportere intenderit, quod ex ſtipulatu debetur.*

NOTÆ.

35. *In eodem judicio*] His verbis non tam denotatur judicii unitas, quàm negotii apud eumdem judicem ſine nova interpellatione (quod olim neceſſarium erat) continuatio: propriè enim judicium ibi eſſe dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis conteſtatio. Bachov.

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit emendare actionem, quid mutare?*
2 *Quamdiu emendare vel mutare actionem liceat?*
3 *Praxis horum temporum.*

SI *quis aliud pro alio petat*] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, conſtat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quominus cognita veritate errorem ſuum, & quidem eodem item judicio corrigere poſſit. Idemque placet, ſi quis ex alia cauſa petat, quàm ex qua debetur, puta ex teſtamento, cùm debeatur ex ſtipulatu: quo caſu, cùm idem petatur ex alia tantùm cauſa, nequaquam dici poteſt, quod Theoph. ſcribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis eſt, ut dicamus, Juſtinianum plus ſenſiſſe, quàm ſcripſiſſe. Illud ſemper tenendum eſt, ſumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem ſuum corrigere] Poteſt igitur actio ſemel edita poſtea corrigi aut mutari. Idque etiam jure veteri obtinuit. Extat de ea re conſtitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio ſpeciem futuræ litis demonſtrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddentis decernit æquitas, l. 3. C. de edend.*
Emendatur actio, cùm mendum vel error tolli- 1
tur, aut defectus ſuppletur, ſalva manente principali ſubſtantia concluſionis. Mutatur, cùm repudiata vetere inſtituitur nova, veluti ſi actor aliud pro alio, aut idem ex alia cauſa petere inſtituat. Perez. *C. de edend. n.* 7. Sed adjectæ ſunt reſcripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit; proinde ſi quis nova experiatur, etiam hanc edi

Digitized by Google

edi oportet, novumque reo ſpatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l. 1. de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa ſive mutatio ſine damno adverſarii fiat: ideoque qui temere adverſarium ſuum in jus vocavit, is ei viatica & ſumptus prioris litis reddere tenetur, *l. eum qui. 79. de judic.* Don. *in d. l. 3.*
2 *C. de edend. n. 3. & ſeqq.* D. Perez. *d. loc.* Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem conteſtatam tantum, an verò etiam poſtea. Ego puto, jus actori & nunc eſſe & olim fuiſſe actionem emendandi vel mutandi, non ſolùm ante, de quo inter omnes convenit, ſed etiam, quod plerique negant, reſpectu mutationis, poſt litem conteſtatam, per *l. fidejuſſor. 32. de neg. geſt. l. cum indebitum. 57. §. 1. de cond. ind l. 4. §. ult. de nox. act. l. eum fundum. 18. §. 1. unde vi.* Eaque haud dubiè eſt etiam ſententia Imperatorum in *d. l. 3. C. de edend.* & Juſtiniani *hic*. Cæterum jure veteri eo caſu opus erat alio judicio novaque interpellatione, *l. non poteſt. 23. de judic. l. ut fundus. 18 com. div.* Jure autem novo actori etiam poſt litem conteſtatam permittitur corrigere errorem ſuum, & mutare libellum petitionis in eodem judicio, ut hìc disertè cautum eſt. Don. *ubi ſup. n. 17.* Perez. *d. loc. n. 7.* quamquam exiſtimo, his verbis non tam judicii unitatem denotari, quàm negotii apud eumdem judicem ſine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc ſaltem novum jus differt ab antiquo, quo nova interpellatio deſiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud judicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi poſſit, idem judicium ibi eſſe, ubi nova litis exigitur conteſtatio. Quod quidem negari non poteſt. Nam ſi reus poſt novam actionem editam, & inducias ad deliberandum denuo conceſſas, ad contradicendum venerit, utique contradictione ſua novam litem facit: ut etiam diſſe-
3 rit Bachovius *hic*. Interpretum in *l. 3. C. de edend. & ad hunc* §. communis ſententia eſt, libellum quidem emendari poſſe uſque ad ſententiam definitivam, mutari autem non poſſe, niſi uſque ad litem conteſtatam, atque adeo ne partium quidem conſenſu: quoniam litis conteſtatio & alii actus ſubſtantiales judicii partium conſenſu tolli non poſſunt. Quæ ſententia uſu quoque forenſi recepta dicitur. Gail. 1. *obſ. 74. n. 4. & ſeqq.* Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 88. n. 11.* quamquam de fori noſtri uſu contrario teſtetur Groenevv. *de ll. abrog. hic.* Planè ſi probari poteſt, per ignorantiam advocati in concipienda concluſione erratum eſſe, etiam mutatio uſque ad ſententiam permitti ſolet: ſed non niſi ad poſtulationem litigatoris impetrata reſtitutione in integrum, & cum refuſione expenſarum, Merul. *d. cap. 6.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 104.* add. Groenevv. *d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

TEXTUS.

Diviſio ſexta, De peculio.

36. *Sunt præterea quædam actiones, quibus non ſemper ſolidum, quod nobis debetur, perſequimur, ſed modo ſolidum perſequimur, modo minus. Ut ecce, ſi in peculium filii ſervive agamus. Nam ſi non minus in peculio ſit, quàm perſequimur, in ſolidum dominus, paterve condemnatur: ſi verò minus inveniatur, eatenus condemnat judex, quatenus in peculio ſit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, ſuo ordine proponemus.*

COMMENTARIUS.

REdit hìc Imperator ad inſtitutum, quod interrupit, *§. curare. 32. ſup.* proponitque ad extremum adhuc unam diviſionem, quæ ad effectum actionis pertinet, & declarat, quantum ex unaquaque actione ſperare liceat. Diviſio hæc eſt, quod quædam ſunt actiones, quibus ſolidum quod nobis debetur, conſequimur; quædam, quibus modo ſolidum, modo minus. Quominus ſemper ſolidum conſequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio conſtituta eſt; quod explicatur *hoc* §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantùm teneatur, quod facere poteſt; cujus generis actiones quædam proſequuntur *§§. ſeqq. & ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo *§. ſeq. verſ. propter retentionem. & §. pen. eod.*

Si in peculium filii ſervive] De peculio actio propoſita eſt ex contractu filiorum familias & ſervorum adverſus patrem & dominum, *§. actiones. 10. ſupra eod.* Hac actione non ſemper ſolidum conſequimur; quia adjectio illa de peculio ſignificat, conſtitutam illam eſſe, quatenus eſt in peculio, ut ſiquidem non minus ſit, quàm perſequimur, in ſolidum dominus & pater condemnentur: ſi verò minus inveniatur, quatenus in peculio ſit, *dict. §. actiones. 10. & §. præterea. 4. tit. ſeq.* Quod in peculio ſervi filiive habendum, item de quo peculio actio adverſus patrem conſtituta ex contractu filii, alibi expoſitum eſt.

TEXTUS.

De repetitione dotis.

37. *Item ſi de dote in judicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere poſſit, id eſt, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque ſi dotis quantitati concurrant facultates ejus, in ſolidum damnatur, ſin minus, in tantum, quantum facere poteſt. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impenſas in*

Digitized by Google

res dotales factas, marito quaſi retentio conceſſa eſt; quia ipſo jure neceſſariis ſumptibus dos minuitur, ſicut ex latioribus Digeſtorum libris cognoſcere licet.

NOTÆ.

37. *Quatenus facultates*] Facere poſſe civili ratione hìc dicitur, qui de ſuo præſtare poteſt honeſtè, deducto ſcilicet eo, quod illi ſatis ſit ad victum quotidianum & alimenta, *l.29. in fin. l.30. de re jud. l.6. de ceſſ. bon. l. 173. de reg. jur.* & in eo tempus rei jud. ſpectatur, *l. 5. ſol. matr.*

Ob impenſas] Olim non modo neceſſarias, ſed etiam utiles, *l. 1. cum ſeqq. de impenſ. in res dot.* Hodie retentio permiſſa ob neceſſarias impenſas dumtaxat, *l. un. §. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ ſint iſtæ impenſæ, cognoſce ex *l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.*

COMMENTARIUS.

1 *Beneficium competentiæ quibus quas ob cauſas detur?*
2 *Quibus perſonis præter maritum in cauſa dotis idem beneficium tribuatur?*
3 *Rei dotalis retentio quibus ex cauſis marito olim conceſſa: & quid hìc novi à Juſtiniano?*
4 *Ex quibus cauſis reo detur retentio extra cauſam dotis?*

1 SUnt quædam perſonæ, quibus humanitatis cauſa tributum eſt, ut ne conveniantur in ſolidum, ſed in id tantum, quod facere poſſunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob cauſam, ex qua agitur, partim ob perſonam rei, cum qua agitur. Ob cauſam ſoli donatori ex cauſa donationis convento, *§. ſeq. in fin.* Ob perſonam rei variæ ob neceſſitudinem & conjunctionem perſonarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, ſociis, &c. Ob ſolam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in remp. unde militi, qui ſub armata militia ſtipendia meret, *l. 6. l. item militem. 18. de re jud.* Denique ob ſolam commiſerationem, unde ei, qui bonis ſuis ceſſit, tribuitur, *§. ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. & exhæredatum. 49. de re jud.*

2 *Si de dote mulier agat*] Eleganter Theod. Hermop. ad *l. 73. de R. I.* Αἰσχυνέσθω ὁ νόμος παῤῥησίαν δοῦναι τῇ χθὲς ἢ πρώην συγκοινωνῷ τοῦ βίου, κατὰ τοῦ ἀπογυμνῶσαι τὸν ἴδιον ἄνδρα. *Pudeat legiſlatorem ei, quæ heri nudiuſve tertius conſors omnis vitæ fuit, facultatem dare ſpoliandi maritum rebus omnibus.* Non autem marito tantùm adverſus uxorem, ſed etiã uxori adverſus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti ſeu uxoris ſocero de dote convẽto, *l. patronus. 17. l. non tantum. 20. cum l. ſeq. de jud. l. rei judicatæ. 15. in fin. & l. ſeq. ſolut. matrimon.* Et ex diverſo idem quoque honos habetur patri uxoris, ſi ex promiſſione dotis à genero conveniatur, *l. ex diverſo. 17. ſolut. matrimon.* niſi jam diſſolutum ſit matrimonium, *l. ſicut. 21. cum l. ſeq. de re jud.* Quod autem ait, ſi de dote mulier agat, exempli tantùm cauſa dicitur. Nam non ſolùm maritus, cùm ex cauſa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; ſed etiam cùm ex aliis contractibus, *d. l. non tantum. 20. de re jud.* niſi ſoluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio. 35. de neg. geſt.* Atque hoc jure etiamnum utimur. *Zypæ. not. jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem] Diximus, mutuam creditoris ejuſdemque actoris obligationem etiam nonnumquam efficere, ne reus in ſolidum condemnetur. Id conſequitur non tantùm per compenſationem propriè dictam, cum quantitates utrinque debitæ compenſantur; de quo *§. pen. inf.* ſed interdum etiam per retentionem, cùm fundus aut alia ſpecies ab eo petitur, & viciſſim actor ei pecuniam debet. In cauſa dotis tribuebatur olim marito variis de cauſis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipſo donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impenſas in rem dotalem factas, non modo neceſſarias, ſed etiam utiles. Juſtinianus autem, ſublata ex omni alia cauſa retentione, ſolam reliquit eam, cujus hìc fit mentio, nempe quæ fit ob impenſas neceſſarias, *l. un. §. taceat. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ ſint iſtæ impenſæ, cognoſce ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. ſi is qui. 56. §. ult. de jur. dot.* Extra cauſam dotis retentio reo tribuitur ex his & ſimilibus cauſis: ſi rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia ſua liberaverit, *l. 1. quib. mod. pign. ſolv.* ſi pignus in aliquam ſummam nominatim acceptum pro alia ſumma, quam eidem poſtea ſine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten.* Item ſi in rem alienam, quæ petitur, ſumptus fecerit, ſecundum diſtinctionem alibi traditam; vid. *l. in fundo. 38. l. ſumptus 48. de rei vind. l. ſi in area. 33. de cond. ind. §. ex diverſo. 30. cum aliquot ſeqq. ſup. de rer. div.* Materiam retentionis diſtinctè tractat Joan. Fab. in *d. l. un. C. etiam ob chir. pec.* & Coſtal. in *l. in rebus. 18. §. poſſunt. 2. commod.* add. Papon. *lib. 6. art. 4. arr. 21.* Rebuff. *ad l. non poteſt. 117. de verb. ſign.*

(Margin numbers 3 and 4 in the right margin: 3 beside "actor ei pecuniam debet. In cauſa dotis tribuebatur"; 4 beside "ult. de jur. dot. Extra cauſam dotis retentio reo tribuitur".)

TEXTUS.

De actione adverſus parentem, patronum, ſocium, & donatorem.

38. *Sed & ſi quis cum parente ſuo, patronove agat; item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis agat; non plus actione conſequitur, quàm adverſarius ejus facere poteſt. Idem eſt, ſi quis ex donatione ſua conveniatur.*

No-

NOTÆ.

38. *Socius cum ſocio*] *d. l. 16.* Quia ſocii inter ſe quodammodo fratres ſunt, *l. 63. pro ſoc.* τάξιν γὰρ ἐπέχουσιν ἀδελφῶν. Theod. Hermopol. ad *l. 173. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

C*Vm parente ſuo patronove*] *l. ſunt quidam. 16. & l. ſeq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri itidem concedendum. *Gutier. 2. pract. quæſt. 28 num. 2.* Patrono datur ob ſolam reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obſ. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque ſtatuunt, nec liberos à parente, ultra quàm facere queunt conveniri poſſe. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum eſt, *l. patronus. 17. de re jud.* VINN. Rationem, cur patrono idem beneficium tribuatur, quod parenti, jam ſupra vidimus, quia ſcilicet liberto loco parentis erat. Vid. ſupra *tit. de ſucceſſ. libert.* & add. Lactant. *Inſt. Div. IV. 3.* HEIN.

Item ſi ſocius cum ſocio judicio ſocietatis] Igitur ſocio omnium bonorum ſemper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, *d. l. ſunt quidam. 16.* Nam omnium bonorum ſocio, cùm convenitur judicio ſocietatis, *l. verum. 63. in pr. pro ſoc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet ſocium hoc privilegio frui, nimirum quia ſocii inter ſe quodammodo fratres ſunt. Quod ſi ſociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum, cùm etiam fratri inopi alimenta debeat. Theſaur. *deciſ. 119.* Chriſtin. *vol. 3. dec. 143. n. 2.* D. Tuld. *comm. h. t. c. 19.* Planè non alias ſocius hoc beneficio juvatur, quàm ſi confiteatur, ſe ſocium eſſe. Negantem ſe ſocium, placet, in ſolidum condemnari, *l. ſi unus. 67. in fin. pro ſoc. l. ſed hoc. 22. §. 1. de re jud.* Noſtris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter ſocios habetur ratio, ſed ſola ſpectatur rerum communio, conveniri que, in ſolidum condemnantur, Gothofr. *in l. 16. de re jud.* Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate ſua convenitur, in id tantùm, quod facere poteſt, condemnatur, *l. Divus. 28. de reg. jur.* & quidem is ſolus deducto ære alieno, *l. inter eos. 19. §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori ſuccurrere debemus, quàm qui verum debitum ſolvere compellitur, ne liberalitate ſua inops fieri periclitetur, *l. & exhæredatum. 49. cum l. ſeq. eod.* Et ita utimur, *conſult. JC. Bat. pag. 1. conſ. 269.* quamvis in Gallia nec hoc obſervetur. Bugn. *de ll. abrog. lib. 1. ſatyr. 12.*

TEXTUS.

De compenſationibus.

39. *Compenſationes quoque oppoſitæ plerumque efficiunt, ut minus quiſque conſequatur, quàm ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet, poterit judex in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnare, ſicut jam dictum eſt.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compenſationem reus conſequitur, ne in ſolidum damnetur. Compenſatio tunc propriè eſt, cùm res, quæ numero, pondere, menſura conſtant, utrinque debentur; ut oſtendimus ad §. *in bonæ. 30. ſup. eod.*

Compenſationes oppoſitæ] Etſi compenſatio ipſo jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda eſt, ut judex ſciat, eſſe, quod viciſſim debeatur, ejuſque in condemnatione rationem habeat. Hæc verò allegatio propriè exceptio non eſt, ſed nuda defenſio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis eſt, ſi quis ſe ſolviſſe aut ſibi accepto latam dicat: quod latius explicuit ad *d. §. in bonæ. 30.*

Plerumque] Hæc particula forte adjecta eſt propter cauſam depoſiti, vectigalium, tributorum &c. in quibus compenſationi non eſt locus, *l. 3. & l. ult. C. de compenſ.* Fortaſſis etiam, quia liquidi tantùm cum liquido compenſatio admiſſa: quod autem ex cauſa non liquida compenſandi gratia objicitur, alii judicio reſervandum, niſi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d. §. in bonæ. 30. l. ult. C. de compenſ.*

Ex eadem cauſa] Hæc verba Theophilus non agnoſcit. Et ſanè etiam quod ex diverſa cauſa debetur, compenſari poſſe conſtat, *paſſim tit. ff. & C. de compenſ.* Paul. *2. ſent. 5.*

TEXTUS.

De eo qui bonis ceſſit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid acquiſierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere poteſt, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.*

NOTÆ.

40. *Qui bonis ceſſit*] Ex Ulpiano *l. 4. de ceſſ. bon.*

Idoneum emolumentum] Non modicum, ſed quod alicujus momenti ſit, quo prætor moveri poſſit, *l. 6. l. 7. eod.*

Ex integro] Id eſt, ἐξ ὁλοκλήρου, de integro, rurſus, denuo, non εἰς ὁλόκληρον, in ſolidum.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit facere poſſe, & quid hoc reo tribuat?*
2 *Quibus rebus deductis id æſtimetur?*
3 *Quale ſit hoc beneficium, perſonæ, an rei cohærens?*

1 HIc iterum proponitur ſpecies, ubi beneficium reo datum facit, ut actor ſolidum non ſemper conſequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentiæ, ſolidum quod debet, ſolvere compellitur: ſi nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, niſi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum ceſſione pœnam carceris evitare poteſt, utique ſi ſua non malo more amiſit, prodegit, aut fraudulenter alienavit, *l. ſi quis dolo. 51. de re jud. l. verum. 63. §. hoc quoque. 7. pro ſoc.* add. Gomez. 2. *reſol.* 11. *num. & ad l. Taur.* 79. *num* 2. Ben. Stracch. *de merc. tract. decoctorib. part.* 3. *num.* 9. Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde ſi poſtea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti ſint, iterum acquiſierit, denuo efficaciter conveniri poteſt: ſed jam ita, ut non in ſolidum, quod amplius debet, ſed ſolùm in quantum facere poteſt, damnetur, *l. 4. l. 6. & 7. de ceſſ. bon.* Beneficium ei tributum ex ſola commiſeratione, ut in extremo hujus §. indicat Juſtinianus. De materia ceſſionis latè diſputare non eſt hujus loci: videndi DD. *ad tit. ff. & C.* eo pertinentes, Schneid. *hic.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 70. Pet. Greg. 22. *ſynt.* 8. *& aliquot ſeqq.* Afflict. *deciſ.* 348. *& ſeq.* Theſaur. *deciſ.* 36. *&* 182. Chriſtin. *volum. 4. deciſ.* 123. ubi plurimos citat, qui ex profeſſo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum eſt, quale ſit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, ſi cognoverimus quid ſit facere poſſe, quibus rebus & unde deductis id æſtimandum, ſitne beneficium perſonæ, an cauſæ. Facere poſſe civili ratione hìc dicitur, qui de ſuo præſtare poteſt honeſtè, deducto videlicet prius eo, quod illi ſatis ſit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos. 19. in fin. l. cum ex cauſa. 30. de re jud. l. 6. de ceſſ. bon. l. in condemnatione.* 173. *de reg. jur.* & in eo tempus rei judicatæ ſpectatur, *l. 15. ſolut. matrim.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, ſi ſolvendo non ſunt, in carcerem detrudi non poſſunt, aut cogi, ut bonis cedant; ſed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis perſonarum habenda; cùm lautiori cibo nobilem veſci, quàm ruſticum oporteat, & alius illi, quàm huic cultus corporis conveniat. De quo Tiraq. *de nobilitat. cap. 20. num.* 143. *& ſeq.* Coler. *de proceſſ. p. 2. cap. 3. num.* 115. *& ſeqq.* Utrumque contra eſt, cùm hoc beneficium ceſſat, quippe omnium actionum ſine hoc beneficio hæc conditio eſt, ut quamvis reus ſolvendo non ſit, ſolidum tamen præſtare compellatur, aut de ſuo, aut ſi id non poteſt, aliunde, unde ſolvat, ſumere, aut poſtulante creditore in carcerem ire, niſi paratus ſit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri, omne tamen quod habet, condemnato auferre poteſt, ut nihil ei, ne ad victum quidem relinquatur: de quo vide Chriſtin. *vol. 4. deciſ.* 123. *num.* 15. *& ibi allegat.*
Hoc quod ita quemque facere poſſe dicimus, ali- 2
ter in donatore æſtimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno; in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori ſuccurri placuit, quàm veris debitoribus, *l. ſunt qui.* 16. *l. inter eos. 19. in pr. & §. 1. l. & exhæredatum.* 49. *de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex ſimili cauſa debetur, occupantis conditio melior: nec deducitur, quod ejuſdem conditionis hominibus debetur, *d. l. inter eos.* 19. ubi vid. Don. Denique ſi actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miſerationis præponderat rigor juris, magiſque debitorem, quàm creditorem, egere convenit. Zaſ. *ad l. 12. & ſeqq. ſolut. matrim. num* 20. Coler. *part. 2. cap. 3.*
num. 121. D. Tuld. *comm. in hunc tit. cap.* 19. Be- 3
neficium hoc perſonale eſt: non cauſæ, ſed perſonæ cohærens: & ideo nec in hæredem tranſit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. & ſeq. l. etiam filius.* 18 *ſolut. matrim. l. 14. & ſeq. de re jud.* add. Pet. Fabr. *ad l. Divus. 28. de reg. jur.* Gomez. *in leg. Tauri. 50. & tres ſeqq. num.* 49. Neque fidejuſſori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium proſit: quippe cum fidejuſſor totum quod præſtitit, à reo principali repetere poſſit, *l. & ſi fidejuſſor. 24. de re judic.* Neque hoc iniquum aut abſurdum eſt: quoniam relatio, quæ eſt inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non eſt inter creditorem & fidejuſſorem, nec rurſus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor dando fidejuſſorem tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejuſſorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum ſit, *§. ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debeat, quàm ad fidejuſſores perveniatur; tamen quod creditor à reo conſequi non potuit, rectè exiget à fidejuſſore: quoniam eodem jure non electione & litis conteſtatione, ſed demum ſolutione obligatio perimitur, *l. ult. C. de fidejuſſor.* Don. *ad d. l. 34. de re judic.* Bachov. *hic.* fuſè Hering. *de fidejuſſor. cap. 27 part. 4. num.* 80. *& ſeqq.* Alia cauſa eſt defenſoris, cujus in omnibus rebus eadem cauſa eſſe debet, quæ domini foret, ſi cum ipſo ageretur, *l. alia cauſa. 14. ſolut. matrim. l. verum. 63. §. 1. pro ſoc. l. minor. 51. §. 1. de proc.*

Digitized by Google

TITULUS SEPTIMUS.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

Dig. Lib. 14. *Tit.* 5. *C. Lib.* 4. *Tit.* 16.

Continuatio, & ſumma tituli.

JUre civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem, qui contrahentem in poteſtate habet, §. *actiones.* 10. *tit. præc.* Nam etſi jus poteſtatis facit, ut ſervus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant; non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut ſervi obligentur, atque alteri actio adverſus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibuſdam in caſibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut ſervi conveniri poſſunt. Hujus generis ſex hoc tit. proponuntur, quod juſſu, exercitoria, inſtitoria, tributoria, de peculio, de in rem verſo. Sub finem adjicitur caſu, quo ex contractu filii pater non obligatur, cùm ex eadem cauſa ex contractu ſervi obligetur dominus.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

Quia tamen ſuperius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum ſervorumque agitur, opus eſt, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorumdem nomine in parentes dominoſve dari ſolent, diligentius admoneamus. Et quia ſive cum ſervis negotium geſtum ſit, ſive cum iis, qui in poteſtate parentum ſunt, eadem fere jura ſervantur, ne verboſa fiat diſputatio, dirigamus ſermonem in perſonam ſervi dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in poteſtate ſunt. Nam ſi quid in his propriè ſervetur, ſeparatim oſtendemus.

COMMENTARIUS.

S*Uperius mentionem habuimus*] §. *actionem.* 10. *præced. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & ſervorum adverſus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat. *Fere eadem jura ſervantur*] Merito adjecit particulam *fere*. Nam primum ſervi ipſi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis.* 6. *ſup. de inut. ſtip. l.* 14. *de obl. & act.* filii autem familias obligantur, & cum iis agi tamquam cum patr busfam. poteſt, *l. ſi filiusfam.* 39. *d. tit.* Deinde ſervus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea cauſa patrem de peculio non obligat, propter Senatuſconſultum Macedonianum, §. *pen. infr. eod.* Præterea ſi ſervus fidejuſſerit, rem peculiarem non agens, ſi liberum ſe mentitus judicium acceperit, compromiſerit, jusjurandum detulerit, ex his cauſis actio de peculio in dominum non datur. Diverſum eſt in filiofamilias, *l.* 3. §. *filiusfam.* 5. & *ſeqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.* Poſtremo quia ſervi peculium ſimplex eſt & unius generis, totum in domini, à quo profectum eſt, poteſtate, dominus ex contractu ſervi ſine diſtinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, ſed de eo tantùm, quod ipſe totum in poteſtate habet, cujuſmodi hodie ſolum eſt profectitium; de quo plura ſcripſimus ad *d.* §. *actiones.* 10. *ſup. tit.* In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio geſto cum ſervis & filiisfam. ſervantur. De ſervis autem quæ tractantur, ſatis conſtat, uſum hodie non habere.

TEXTUS.

De ſervis quod juſſu.

1. *Si igitur juſſu domini cum ſervo negotium geſtum erit, in ſolidum prætor adverſus dominum actionem pollicetur: ſcilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini ſequi videtur.*

COMMENTARIUS.

SI juſſu domini cum ſervo negotium geſtum eſt, merito adverſus dominum actio quod juſſu datetur, atque adeo in ſolidum: nam quodammodo cum eo ipſo contrahitur, qui jubet. Ulp. *l.* 1. *in princ. quod juſſ.* Ait Juriſconſultus *quodammodo*: verè enim non cum domino, qui juſſit, ſed cum ſervo contrahitur: ſed alioqui ceſſaret actio quod juſſu, ut accidit, cùm dominus ſervi tantùm miniſterio utitur, ipſe autem contrahit; veluti ſi mutuam pecuniam accepturus eam ſervo numerari jubeat; quo caſu quod juſſu non competere, ſed domino condici, ſcriptum eſt in *l. ult. quod juſſu. fac. l. qui autem.* 14. *cum l. ſeq. de pec. conſt.* Sic ubi pater in contrahendo filio nudo miniſterio utitur, ipſe ſolus non filius obligatur, *l.* 4. *C. hoc tit. d. l. ult. quod juſſ.* At ſi filius juſſu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod juſſu, filius directo, *l. pen. eod. l.* 3. §. *ſed utrum.* 4. *de minorib.* Juſſum autem domini hic accipere debemus, ſive juſſerit, ſive mandaverit, ſive ratum habuerit, aut ſervi chiro-

gra-

grapho ſubſcripſerit, *l.* 1. §. 1. 3. 4. *& 6. quod juſſ.* Vinn. *Juſſum* autem propriè de patre & domino dicitur, ut *mandatum* de extraneis. Nam quia hoc conſenſu duorum conſiſtit: pater filio non mandat, utpote qui unam cum illo perſonam conſtituit, ſed *jubet*: quemadmodum tutor *auctoritatem*; curator *conſenſum* interponere dicitur. Accuratè hæc diſtinguere ſolebant veteres. Quomodo *juſſum* & *auctoritas* differant, docet *l.* 25. §. 4. *ff. de adquir. vel omitt. hæred.* in qua nihil eſſe mutandum, contra virum eximium Jac. Gothofr. *Comm. ad l.* 29. *ff. de R. I.* alibi oſtendimus. Add. *Elem. noſtra jur. civ. ſecundum ord. Inſt.* §. 250. * *p.* 137. Hein.

Textus.

De exercitoria & inſtitoria actione.

2. *Eadem ratione prætor duas alias in ſolidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera inſtitoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis ſervum ſuum, magiſtratum navi præpoſuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpoſitus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæſtus pertinet. Inſtitoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi ſervum ſuum præpoſuerit, & quid cum eo, ejus rei cauſa, cui præpoſitus erit, contractum fuerit. Ideo autem inſtitoria appellatur, quia qui negotiationibus præponuntur, inſtitores vocantur. Iſtas tamen duas actiones prætor reddit, & ſi liberum quis hominem, aut alienum ſervum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præpoſuerit; ſcilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo caſu interveniat.*

Notæ.

2. *Cùm quis tabernæ*] Taberna hìc eſt *ἐργαστήριον*, ſtatio, officina. Gloſſ. juris, *taberna*, *ἐργαστήριον*. Hinc tabernarius, *l.* 5. §. 7. *de inſt. act.* id eſt, *ἐργαστηριάρχης*. Gloſſ. Gr. Lat.

Commentarius.

1 *Cum magiſtro & inſtitore ipſo etiam directo agi poſſe: quamquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exerceant, ſingulos in ſolidum teneri: ſed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitatores non habere actionem adverſus contrahentes cum magiſtro aut inſtitore.*
4 *In contractibus cum præpoſitis ineundis diligenter obſervandam legem præpoſitionis: ubi multa notabilia.*

Si quid cum ſervo, quem dominus magiſtrum navi præpoſuit, contractum ſit ejus rei cauſa, cui præpoſitus eſt, ad eam rem actio adverſus dominum edicto prætoris conſtituta eſt, quæ exercitoria appellatur, *titt. ff. C. de exercit. act.* Similiter ſi quid cum ſervo, quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia geſtum ſit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur inſtitoria, *titt. ff. & C. de inſt. act.* Illa à præponente, qui exercitor dicitur, nominata eſt; hæc à præpoſito ſeu inſtitore propter commoditatem ſermonis. Utraque eamdem æquitatis rationem habet, quam ſuperior illa quod juſſu, nimirum, quia voluntate domini negotium geſtum, ac proinde cum eo ipſo quodammodo contractum intelligitur, §. *ult. inf. eod. l. ſi inſtitore.* 29. *de reb. cred.* unde merito etiam in ſolidum utraque propoſita eſt.

Ad quem quotidianus navis quæſtus] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & redditus navis pertinent, ſive is dominus navis ſit, ſive à domino navem per averſionem conduxerit, *l.* 1. §. *exercitorem.* 15. *de exerc. act.* Magiſtrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata eſt, maximè quidem cui ab exercitore, ſed tamen etiam cui ab inſtitore, *d. l.* 1. §. 1. junct. §. *magiſtrum.* 5. ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Inſtitores vocantur] Inſtitor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus eſt, quod negotio gerendo inſtet: nec multum refert, inquit, tabernæ ſit præpoſitus, an cuilibet alii negotiationi, *l.* 3. *de inſt. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis: ut declarent exempla *l.* 5. *eod.* Quamvis autem procurator, qui mutuis accipiendis pecuniis præpoſitus eſt, propriè inſtitor non ſit, placet tamen adverſum eum, qui præpoſuit, utilem ad exemplum inſtitoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l.* 5. *C. eod.*

Et ſi liberum quis hominem] *l.* 1. §. *cujus autem.* 4. *de exerc. act. l.* 7. §. 1. *&* 2. *l.* 8. *de inſtit. act.* quibus locis traditur, nihil intereſſe cujus conditionis ſit, qui navi aut tabernæ præponitur, maſculus an fœmina; paterfam. an filiusfam. pupillus an adultus aut ætate major; homo liber an ſervus præponentis, an alienus. Ex converſo quoque parvi referre traditum eſt, quis præpoſuerit, *d. l.* 1. §. *parvi autem.* 16. *d. l.* 7. §. 1. *l.* 1. 2. *& ult. C. eod.* Nam & ſi is, qui in poteſtate aliena eſt, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo, quem magiſterio navis aut tabernæ præpoſuit, geſtum ſit, in eum, cujus in poteſtate eſt, judicium datur, *d. l.* 1. §. *ſi is qui.* 19. *de exerc. act.* & ſi mulier ſit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipſa ex contractu eorum, quos propoſuit; nec juvabitur Senatuſconſulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l.* 1. §. *parvi autem.* 16. *de exerc. d. l.* 7. §. 1. *de inſt. act. l.* 4. *C. eod.* nec ſunt contractus hujuſmodi alieni, ſed ipſius mulieris. Græci *in Baſilic.* 53. οὐδὲ γὰρ ἀλλότριά ἐστι ταῦτα συναλλάγματα, ἀλλ' αὐτῆς γυναικός. Enim verò pupillus ex præpoſitione ut obligetur, neceſ-

Digitized by Google

neceſſaria eſt tutoris auctoritas, *d. l.* 1. §. *par vi autem.* 16. *l.* 9. *de inſt. act.*

Eadem aequitatis ratio] Conditio perſonæ præpoſiti non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam ſive ſervus ſive homo liber adminiſtrationi alicui præponatur, ſemper is, qui eum præponit, eo animo eſſe intelligitur, ut velit in ea adminiſtratione factum præpoſiti præſtare, ne contrahentes, qui præponentis magis quàm præpoſiti fidem ſequuntur, decipiantur: eſtque hoc æquiſſimum, ut quorum ex contractu commoda publicè percipimus, eorum quoque in eadem cauſa facta agnoſcamus, *l.* 1. *in pr.* §. 2. *& 4. de exerc. act. l.* 1. *de inſt. act.* Quamquam ſummo jure hæ cauſæ ad actionem adverſus alium, quàm cum quo revera contractum eſt, acquirendam
1 non ſufficiunt. Planè cum quæritur, adverſus quem actio detur, intereſt homo liber an ſervus ſit, cum quo ut magiſtro aut inſtitore contractum eſt. Nam ſervus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo poteſt, *l.* 6. *C. de jud. l.* 14. *de obl. & act.* & ideo ſolus dominus hìc conveniendus eſt actione exercitoria. Si liber ſit, uterque tenetur, & qui præpoſuit, & qui præpoſitus eſt: habetque creditor electionem, utrum cum magiſtro aut inſtitore directo agere, an cum iis, qui eos præpoſuerunt, exercitoria aut inſtitoria experiri velit, *l.* 1. §. *eſt autem.* 17. *&* §. *pen. de exerc. act. l.* 6. §. *ultim. naut. caup. ſtab.* Nec obſtat *l. ult. de inſt. act.* ex qua quidam adſtruxerunt, inſtitores ipſos ex negotio inſtitorio nomine geſto non teneri nec conveniri poſſe: nam, ut rectè plerique reſpondent, non proponitur in ſpecie *d. l. ult.* inſtitor, qui cum aliquo contraxit, aut ſe inſtitorio nomine obligavit, ſed qui tantùm profeſſus eſt, eſſe penes menſam præponentis certam ſummam pecuniæ: ex cujuſmodi nuda ſcriptione ad fidem menſæ proteſtandam, *om credit van de tafel te onderhouden*, mirum non eſt, ſi poſt mortem præponentis conveniri non poſſit. Coſtal. *in d. l. ult. & ad l.* 1. §. *eſt autem.* 17. *de exerc. act.* ubi tamen refert aliud placuiſſe Curiæ Pariſienſi, eamque cenſuiſſe, inſtitores non rectè conveniri ex iis contractibus, quos nomine inſtitorio inierunt, ſed in dominos actionem eſſe intendendam, niſi domini eos, qui pro ſe geſſerunt, pro inſtitoribus non haberent. Quæ ſententia etiam in praxi recepta eſt. Chriſtin. *vol.* 3 *dec.* 33. *num.* 9. add. D. Coren. *obſ.* 26. *re à ſup. ſen. Holl. jud.* Unde Angelus in *l. eamdem.* 9. *de duobus reis*, ait, quod factores licet mille litteris ſe ſcribant debitores, non propterea poſſunt conveniri, quod videntur ſcribere factorio nomine. Similia & Decius *conſ.* 510.
2 Si plures navem aut tabernam exerceant, placet, ſingulos in ſolidum conveniri poſſe: ne in plures adverſarios diſtringatur, qui cum uno contraxerit, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. 3. *& 4. de exerc. act. l. habebat.* 13. §. *ult. & l ſeq. de inſtit. act.* Sed hoc apud nos receptum non eſt, ut mercaturæ noxium: ſed ſinguli pro portionibus exercitionis tantùm conveniri poſſunt. Grot. *lib.* 3. *cap.* 1. *&* 2. *de jur. bell. cap.* 11. *num.* 13. Groenevv. *de ll. abrog. hic.* An igitur & ex contrario navem aut 3
tabernam exercenti actio conſtituta eſt adverſus eos, qui cum magiſtro aut inſtitore contraxerunt? Minimè. Neque enim eodem auxilio indigent, cùm actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum geſtorum, cum magiſtro aut inſtitore agere poſſint, *l.* 1. §. *ſed ex contrario.* 18. *de exerc. act. l.* 1. *de inſtit. act.* Planè ſi ab his rem ſuam ſervare nequeant, ex æquitate illis ſuccurri ſolet etiam contra eos, qui cum magiſtro aut inſtitore contraxerunt, *d.* §. *ſed ex contrario.* 18. *l.* 1. *de exerc. act. l.* 2. *de inſtit. act.* Qui autem magiſtrum aut inſtitorem in poteſtate habent, actiones ex contractibus eorum ſibi quæſitas exercet. Illud porro animadverſione dignum eſt, quod non ex omni cauſa ex contractu magiſtri aut inſtitoris obligetur, qui eos præpoſuit: ſed eos dumtaxat negotio, quod geſtum eſt ejus rei gratia, ad quam præpoſiti ſunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l.* 1. §. *non autem.* 7. *& ſeqq. de exerc. act. l.* 5. §. *non tamen.* 11. *& ſeqq. de inſtit. act.*
Proinde in contractibus cum inſtitoribus aliiſve 4
officio alicui præpoſitis ineundis lex & forma præpoſitionis diligenter obſervanda eſt, *d. l.* 1. §. *igitur.* 12. *de exerc. act. l. ſed ſi.* 11. §. *conditio.* 5. *de inſtit. act.* adeoque ipſum genus commiſſionis vel officii expendendum, & perſona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio.* 19. *de reg. jur.* Coſtal. *in l.* 5. §. *non tamen.* 11. *de inſtit. act.* Quid dicemus, ſi præpoſiti mutuas pecunias ſumpſerint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita eſt. Si non habeant, cautè creditoribus agendum. Utique præpoſitio ad ea quoque extenditur, quæ ſepe incidenter & per conſequentiam rei principaliter commiſſæ veniunt. Unde ſi verbi gratia navis reficienda aut inſtruenda ſit, & magiſter in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adſtringetur ad hoc, ut ipſe curam reficiendæ navis ſuſcipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam eſſe, *l.* 1. §. *qui ſi.* 8. *l. ult. de exercit. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quàm ſi concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ult.* & Gloſſ. & DD. *ibidem*. Summa eſt, ſi cùm crederetur pecunia, navis in ea cauſa fuerit, ut refici deberet: ſi ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: ſi creditor ſciverit, eum, cui credidit, magiſtrum ei navi præpoſitum: ſi non majorem ſummam crediderit, quàm ad eam rem eſſet neceſſaria: poſtremo ſi in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari poteſt. Eademque fere dicenda, ſi quis inſtitori pecuniam crediderit, & de actione inſtitoria adverſus dominum danda quæratur, *d. l. ult.* §. *ult.* eoque jure etiam hodie utimur. Chriſtin. *volum.* 3. *deciſ.* 33. *n.* 2. eleganter & practicè Joan. Fab. *hic. num.* 8. *& ſeq.* Foller. ad Marant. *part.* 4. *diſt.* 22. adde quæ nos ad Pet. Peck. *in titul. res naut. ad d. l. ult.* Moribus hatum

regio-

regionum ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, ſed & uxor quoque tenetur, uti ſæpiſſime judicatum teſtatur Chriſtin. *vol. 2. deciſ.* 27. Non idcirco tamen minus in interceſſionibus beneficio SCti utitur. Neoſtad. *obſ. rei judic.* 18. add. Sand. *lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4.* Grot. *t. introd. cap. 5.* Quod autem qui aliquam uxorem ducit, ſimul omnia ejus debita in ſe trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, ſed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exſolvere cogitur, alteram dimidiam tamquam adminiſtrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. Gud. *lib. 3. cap. 11.*

TEXTUS.

De tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque ſi ſervus in peculiari merce, ſciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei cauſa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, ſi quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione diſtribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipſi domino diſtributionem prætor permittit. Nam ſi quis ex creditoribus queratur, quaſi minus ei tributum ſit, quàm oportuerit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

3. *Quia ipſi domino diſtributionem*] Ipſe dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto, *l. ult. eod*

Quàm oportuerit] Hæc actio dolum malum coercet domini, *l. 7. §. 2. eod.* id eſt, propter iniquam diſtributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Theoph.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hîc quarta actio ex contractu ſervi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id eſt, diſtributoria ſive contributoria. Nam ſi quid cum ſervo in peculiari merce ſciente domino negotiante contractum ſit, jubetur dominus, quod ex ea merce & quod eo nomine receptum eſt, æquabiliter inter creditores tribuere ſeu partiri; in qua partitione & ipſe quoque, ſi quid ei debetur ſive mercis nomine ſive alia ex cauſa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hanc actionem. 5. & ſeqq. de tribut. act.* Si autem dolo malo ejus factum ſit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum ſit, quàm debuerit, præſtet. Itaque hæc actio tantùm dolum malum domini coercet, ſi videlicet malitioſè in diſtribuendo verſatus ſit, merces penes ſe retinuerit, aut ſciens prudens perire ſit paſſus. Quod ſi tribuere nolit, poteſt evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps. eod.*

Sciente domino negotietur] Dominus peculium ſervo concedens hoc ipſo etiam jus contrahendi ſervo concedere intelligitur, *l. 1. §. item acquirimus. 5. de acqu. poſſ.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior eſt à ſingulis contractibus: qua de cauſa in actione de peculio æſtimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *ſeq.* At in caſu propoſito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut ſaltem non nolit, id eſt, ſciat & patiatur ſervum in merce peculiari negotiari, *l. 1. §. 1. & 2. de trib. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, ſed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in pr.* add. *l. 1. §. licet autem. 20. l. 6. de exerc. act.*

TEXTUS.

De peculio & de in rem verſo.

4. *Præterea introducta eſt actio de peculio, deque eo, quod in rem domini verſum erit, ut quamvis ſine voluntate domini negotium geſtum erit, tamen ſive quid in rem ejus verſum fuerit, id totum præſtare debeat; ſive quid non ſit in rem ejus verſum, id eatenus præſtare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini verſum intelligitur, quicquid neceſſario in rem ejus impenderit ſervus, veluti ſi mutuatus pecuniam creditoribus ejus ſolverit, aut ædificia ruentia fulſerit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem neceſſariam mercatus erit. Itaque ſi ex decem puta aureis, quos ſervus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos ſolverit, reliquos verò quinque quolibet modo conſumpſerit, pro quinque quidem in ſolidum damnari debes; pro cæteris verò quinque eatenus, quatenus in peculio ſit. Ex quo ſcilicet apparet, ſi toti decem aurei in rem tuam verſi fuerint, totos decem aureos Titium conſequi poſſe. Licet enim una ſit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini verſum ſit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de ea actione agitur, ante diſpicere ſolet, an in rem domini verſum ſit: nec aliter ad peculii æſtimationem tranſit, quàm aut nihil in rem domini verſum intelligatur, aut non totum. Cùm autem quæritur, quantum in peculio ſit, ante deducitur, quicquid ſervus domino, eive, qui in poteſtate ejus ſit, debet; &*

quo

Digitized by Google

quod ſupereſt, id ſolum peculium intelligitur. Aliquando tamen id, quod ei debet ſervus, qui in poteſtate domini ſit, non deducitur ex peculio, veluti ſi is in ipſius peculio ſit. Quod eo pertinet, ut ſi quid vicario ſuo ſervus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

NOTÆ.

4. *Quamvis ſine voluntate*] Nam ſi domini voluntate, poteſt *quod juſſu agi*, *l.* 5. §. 2. *de in rem verſ.*

Quicquid neceſſario] Vel utiliter, *l.* 5. §. 3. *eod.* quod autem magis ad voluntatem pertinet, non videtur verſum. Hoc igitur dominus ſine rei detrimento patietur auferri, *l.* 1. §. 4. *eod.* Locum hunc fusè explicat Ulpianus *d. l.* 3. *d. l.* 5. *l.* 7. *l.* 10. *eod.*

Licet enim una ſit actio] Hujus loci hanc eſſe ſententiam puto, non tantùm ſingulis actionibus ſeparatim, aut de peculio, aut de in rem verſo, agi poſſe; ſed etiam conjunctim, ut ſimul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in judicium deducatur. Eamque formam agendi eſſe commodiſſimam, ut mox oſtenditur. Cæterum actio de in rem verſo non minus ſola & per ſe inſtitui poteſt, quàm illa de peculio, *l.* 1. *princ.* §. 1. *l.* 14. *l.* 19. *in fin. de in rem verſ.* §. *ſeq.* & §. *ult. inf. eod.*

Duas habet condemnationes] Quando ſcilicet actioni de peculio illud emblema de in rem verſo adjicitur. Altera enim ſeorſum & ſimpliciter intentata ad alteram ex eadem cauſa non datur regreſſus, arg. *l.* 9. §. 1. *de trib. act.* & §. *ſeq. inf. eod.*

Ante deducitur, &c.] Naturalia debita ſpectamus in peculii deductione, *l.* 5. §. *ult. l.* 9. §. 2. & 3. *l.* 11. §. 1. *de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus ſervo debet, peculium auget, *l.* 17. *eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verſo, non eſſe duas diſtinctas actiones.*

PRæter ſuperiores quatuor ſunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus ſervorum adverſus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verſo, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu ſervi ad dominum pervenit, conſtituta eſt; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes: quanquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis ſunt, eumdem effectum adverſus dominum habent, *l.* 1. §. *licet autem.* 20. *in fin. l.* 6. *de exerc. act. l.* 1. *per tot. de tribut. act.* junct. *l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *de acq. poſſ.*

Et quamvis ſine voluntate domini] Actio de peculio dicitur dari ex negotio ſine voluntate domini geſto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut ſæpe alibi diximus, qui peculium ſervo concedit, hoc ipſo ei etiam jus contrahendi tacitè permittere intelligitur, per *d. l.* 1. §. *item acquirimus.* 5. *de acq. poſſ.* ſed reſpectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod juſſu, exercitoria, & inſtitoria, vel præter generalem conceſſionem peculii ſaltem ſcientia domini & patientia, ut in tributoria, cùm de peculio dominus obligetur, etiamſi neſciat, ſervum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam eſt, quod licet illa quod juſſu, item exercitoria & inſtitoria, in ſolidum dominus teneatur, in tributoria quod ſibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, niſi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipſi ſervus debet.

Sive quid in rem ejus verſum] Dominus de eo, quod ſervus ſine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus verſum eſt, in ſolidum tenetur actione de in rem verſo; idque ſive habeat ſervus peculium, ſive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum eſt. Nam etiam ubi ceſſat actio de peculio, de in rem verſo locum habet, *l.* 1. *in princ.* & §. 1. *de in rem verſ.*

Quicquid neceſſario in rem ejus, &c.] Oſtendit exemplis, quid, quando in rem domini verſum intelligatur. Et quidem quicquid ſervus neceſſario in rem domini impendit, id omne citra controverſiam in rem ipſius verſum intelligitur, *l.* 3. §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Sed tamen & quod utiliter geſſit impenditve, in eadem cauſa eſt, *l.* 5. §. 2. & *paſſim tot. tit. eod.* niſi quod in non neceſſariis non amplius in rem verſum intelligatur, quàm eſt verum ipſius rei pretium; cùm in neceſſariis ſpectetur pretium conventum, *d. l.* 5. *in pr. eod.* Ut ergo generaliter dicam, toties de in rem verſo actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum geſtor negotiorum geſtorum actionem habet: quotieſque ſervus ita impendit, ut dominus rem ſuam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l.* 3. §. 2. Quod verò in voluptatiam cauſam impenſum eſt, non videtur verſum: nam nec procurator hoc imputaret; & non debet dominus ex eo onerari, quod ipſe facturus non eſſet, *d. l.* 3. §. *ſed ſi mutua.* 4. Planè impenſæ honeſtæ & conſuetæ dominum de in rem verſo obligant, *l.* 7. §. 3. *eod.*

Licet enim una ſit actio] Ita hoc loco diſputat Juſtinianus, quaſi actio de peculio & actio de in rem verſo non ſint duæ diſtinctæ actiones, ſed una tantùm, quæ habeat duo capita duaſque condemnationes. Unde quidam exiſtimaverunt, 1
actionem de in rem verſo non eſſe propriam formulam & per ſe conſtantem, ſed acceſſionem & appendicem dumtaxat actionis de peculio inſititiam & exemptitiam. Proinde creditorem, qui de in rem verſo agere inſtituit, de peculio actionem poſtulare oportere, ita ut ſimul illud emblema de in rem verſo adjici poſtulet. Hotom. Tuning. *hic*. Quidam verò actioni de peculio etiam ineſſe adjectionem de in rem verſo, nec actionem

de

Digitized by Google

de in rem verſo per ſe exerceri, niſi cùm deficit actio de peculio. D. Cujac. *hic.* Duar. *in tit. de in rem verſ.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego exiſtimo, actio de in rem verſo tam propria & per ſe conſtans formula eſt, quàm ea de peculio: poteſtque, non tantùm cum actio de peculio deficit, ſola & per ſe inſtitui, veluti cùm peculium ſervo ſine dolo malo ademptum eſt, aut morte ſervi peculium extinctum, annuſque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus caſibus hæc actio etiam neceſſaria eſt, *l. 1. §. 1. l. 14. l. filiusfam. 19. in fin. de in rem verſ.* ſed etiam tunc, cùm ſimul de peculio competit, *§. ſeq. in fin. & §. ult. l. 1. hoc tit. d. l. 1. in princ.* Et cur tandem quæſo non liceat mihi, ſi velim, de in rem verſo ſeorſum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cùm autem ſimpliciter de peculio agitur, negamus, clauſulam illam de in rem verſo de peculio actioni ineſſe aut pro adjecta haberi. Æſtimatur quidem tunc quoque quod in rem domini verſum eſt, ſed tamquam ſervo debitum, ut tanto plus in peculio eſſe cenſeatur: uti docet *d. l. 1. §. ult. & d. l. 19.* At in condemnatione ſeorſum ejus, quod verſum eſt, ratio non habetur, ſed univerſi peculii ſic, ut de toto deducatur, quod ſervus domino debet. Quod ſecus eſt, ſi adjecta fuerit clauſula de in rem verſo, ut docemur hoc text. Et ex contrario ſi ſimpliciter de in rem verſo actum ſit, peculii nulla ratio habetur, ſed ejus tantùm, quod in rem verſum eſt. Quid igitur eſt, quod Juſtinianus hìc ait, unam eſſe actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem verſum ſit, agitur? Nimirum oſtendere voluit, non tantùm ſingulis actionibus ſeparatim aut de peculio aut de in rem verſo agi poſſe, ſed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput ſimul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam eſſe commodiſſimam: propterea quod tunc utriuſque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in ſolidum ejus, quod in rem ipſius verſum eſſe probatum fuerit, de quo non deducit, quod ſibi debet: & ſi illud non ſufficiat, tum porro damnetur, quatenus eſt in peculio, ſalvo beneficio deductionis. At ſeorſum altera intentata ad alteram ex eadem cauſa regreſſus non datur: per *l. 9. §. 1. de trib. & §. ſeq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid ſervus domino, &c. debet] Quemadmodum quod dominus ſervo debet, peculium auget, *l. ſi ſervus. 17. in fin. de pecul.* ita ex contrario, quod ſervus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quaſi dominus prævenerit, & cum ſervo egerit. Idemque eſt, ſi quid ſervus debeat iis, qui in poteſtate domini ſunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l. 5. § ult. l. 9. §. 2. & 3. d. tit.* Unum excipitur, ſi ſervus ordinarius quid debeat vicario ſuo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipſe vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii eſt, *d. l. ſi ſervus. 17.* Ordinarius vicarii velut dominus eſt vicarii, vicarius *δοῦλος οἰκέτου*. Gloſſ. Græc. Lat.

TEXTUS.

De concurſu dictarum actionum.

5. *Cæterum dubium non eſt, quin is quoque, qui juſſu domini contraxerit, cuique inſtitoria vel exercitoria actio competit, de peculio, deque eo, quod in rem domini verſum eſt, agere poſſit. Sed erit ſtultiſſimus, ſi omiſſa actione, qua facillimè ſolidum ex contractu conſequi poſſit, ſe ad difficultatem perducat probandi, in rem domini verſum eſſe, vel habere ſervum peculium & tantum habere, ut ſolidum ſibi ſolvi poſſit. Is quoque, cui tributoria actio competit, æquè de peculio, & de in rem verſo agere poteſt. Sed ſanè huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verſo. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non eſt, id eſt, quod domino debetur non deducitur, ſed ejuſdem juris eſt dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur quod domino debetur: & in id, quod reliquum eſt, creditori dominus condemnatur. Rurſus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria ejus tantùm, quo negotiatur. Et poteſt quiſque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergò expedit, ita quiſque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certè qui poteſt probare, in rem domini verſum eſſe, de in rem verſo agere debet.*

NOTÆ.

5. *Domini conditio præcipua non eſt*] In tributorio judicio non melior conditio domini, quàm cæterorum creditorum, *l. 1. de trib. act.*

Ante deducitur quod domino debetur] Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l. 1. & §. 4. ſup. eod.*

In hac actione totius peculii] In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus dumtaxat partis, de qua negotiatum eſt, ratio ducitur, *l. 11. de trib. act.*

Aut fœnebri pecunia] Ergo locum non habet inſtitoria in fœnebri pecunia. Pac.

De in rem verſo agere debet] Id eſt, expedit ei potius de in rem verſo agere, quàm tributoria, propter ſolidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

LOcus hic planus eſt. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu ſervi plures actio-

nes

Digitized by Google

nes concurrere & ſimul competere poſſe. Ut ecce, ſi ſervus peculium habens negotiationi alicui præpoſitus ſit, & quid in utilitatem domini verterit, locus eſt & actioni inſtitoriæ, & de peculio, & de in rem verſo. Cujus rei hæc ratio eſt, quod hæ actiones non ſunt actiones propriæ & per ſe conſtantes, ſed tantùm actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, ſi quid inſtitor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantùm revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; ſed trifariam ex ea cauſa conveniri poteſt, ex empto inſtitoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verſo. Concurrunt verò hæ actiones non cumulativè, ut loquuntur, ut pluribus vel ſimul vel ſucceſſivè uti liceat, ſed electivè, ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa ſeu in judicium deducta aliæ conſumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio deſcendunt, *l. 9. §. 1. de trib. act. l. 4. §. ult. h. t.* Planè de peculio, deque eo, quod in rem verſum eſt, ſimul agi poteſt, ſed una judicii formula caput utrumque complectente, ut ſuperius dictum eſt.

Sed erit ſtultiſſimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis ſunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, ſimul eum docens, quænam illæ ſint, quibus plenius aut facilius ſuum conſequi poſſit; quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

De filiisfamilias.

6. *Quæ diximus de ſervo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in poteſtate ſunt.*

COMMENTARIUS.

Hoc idem in principio hujus tit. monuit promittens, ſi quid propriè in patre & filio obſervaretur, id ſeparatim ſe indicaturum: cujus rei unum exemplum mox §. *ſeq.* adducit: nos plura ejuſmodi notavimus ad *d. pr.*

TEXTUS.

De Senatuſconſ. Macedoniano.

7. *Illud propriè ſervatur in eorum perſona, quod Senatuſconſultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in poteſtate parentis ſunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adverſus ipſum filium filiamve, nepotem neptemve, (ſive adhuc in poteſtate ſint, ſive morte parentis, vel emancipatione ſuæ poteſtatis eſſe cœperint) quam adverſus patrem avumve, ſive eos habeat adhuc in poteſtate, ſive emancipaverit. Quæ ideo Senatus proſpexit, quia ſæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam conſumebant, vitæ parentum inſidiabantur.*

COMMENTARIUS.

1 *Scopus Senatuſconſulti. An hodieque ei ſua vis conſtet. An ei filius renunciare poſſit. An in foro animæ ſe ejus auxilio tueri.*

Filiusfam. ex contractu ſuo & ipſe obligatur, *l. filiusfam. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, *§. actiones. 10 ſup. de actionibus. l. 3. §. filiusfam. 5. & deinceps de pecul.* Una tantùm cauſa excipitur, ex qua placet, nec ipſum nec patrem ejus obligari, nempe ſi pecuniam mutuam acceperit: quod effectum eſt Senatuſconſulto Macedoniano, cujus ſententiam breviter hìc complectitur Juſtinianus.

Senatuſconſultum Macedonianum prohibuit] Hoc Senatuſconſultum auctoritate Veſpaſiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap. 11. Auctor*, inquit, *Senatui fuit Veſpaſianus decernendi, ne filiorumfam. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam eſſet, hoc eſt, ne poſt patris quidem mortem.* Tacitus autem *lib. 11. annal. c. 13.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coercuiſſe ſævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiusfam. fœnori darent. VINN. Eleganter hos auctores in concordiam reducit Pet. Fab. *Semeſtr. I, 25. p. 142.* ubi obſervat, Veſpaſianum ſub Claudio Cos. fuiſſe duobus noviſſimis anni menſibus. Suet. *Veſp. cap. 4.* Utrumque ergo verum eſſe poteſt, Claudio hoc SC. tribuendum eſſe & Veſpaſiano: illi tanquam Principi; huic tanquam Conſuli referenti ad Senatum. Jus enim referendi tum adhuc Coss. fuiſſe, patet ex Gell. *Noct. Att.* IV. 10. Cui hæc non ſatisfaciunt, is per me credat, Veſpaſianum de SCto ſub Claudio facto & poſtea deſuetudine inumbrato iterum ad Senatum retuliſſe. HEIN.

Mutuas pecunias dari] Duo hìc notanda. Primum, eum ſolùm contra Senatuſconſultum facere, qui mutuum filiofam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit: modo ne quid factum ſit in fraudem Senatuſconſulti, *l. 3. §. is autem. 3. de Senatuſc. Mac.* Deinde ſolam pecuniæ numeratæ dationem Senatuſconſulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofam. mutuo dari, niſi & in his fraus Senatuſconſulto quæratur, *l. 7. §. mutui. 3 d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia ſub uſuris mutuo data ſit, an ſine uſuris, *d. l. 7 §. ſive autem. 9.* quamvis Senatus præcipuè prohibuit filiisfam. fœnerari, *l. 1. d. tit. l. 3. C. eod.* Planè ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatuſconſulti auctoritas, quæ filiof. ſtudiorum vel legationis cauſa alibi degenti ad neceſſarios ſumptus ſuppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. l. 7. §. quod dicitur. 13. l. 5. C. eod.* Et in univerſum ceſſat Senatuſconſultum, ſi pecunia in rem patris verſa, *d. l. 7. §. proinde. 12.*

aut

Digitized by Google

aut voluntate patris credita ſit, *d. l. 7. §. interdum. 11. l. 12. eod. l. 2. l. ult. C. eod.*

Qui in poteſtate parentis] ſine diſcrimine ſexus aut gradus, *l. 9. §. 2. l. 14. eod.* Nec refert, frugi ſit filiusfam. an non; magiſtratus, an privatus: niſi caſtrenſe aut quaſi caſtrenſe peculium habeat, ad cujus quantitatem placet ceſſare Senatuſconſultum, quia in eo vice patrisfam fungitur, *l. 1. §. ult. l. 2. eod.* In filiofam. ſub armata militia militante in totum ceſſat, *l. ult. §. ult. C. ad ſenat. Maced.*

Denegatur actio] Nempe ſi contra Senatuſconſultum factum eſſe appareat. Quod ſi de eo ambigatur, exceptio adverſus actionem dabitur, *l. 1. de Senatuſc. Mac.* junct. *l. 9. de jurej.* quæ eſt illa à Juriſconſultis toties uſurpata exceptio Senatuſconſulti Macedoniani.

Vel emancipatione ſuæ poteſtatis eſſe cœperint] Cùm ſcilicet pecunias mutuati eſſent, quo tempore adhuc in poteſtate erant. Nam vetat Senatuſconſultum pecuniam credi filiofam. cæteriſque liberis, qui in poteſtate ſunt, *hoc text. d. l. 1. l. 14. eod.* non vetat credi jam emancipatis aut aliter ſui juris vivo adhuc patre effectis, *l. 3. §. ult. eod.*

Quæ ideo Senatus proſpexit] Non ſine gravi cauſa Senatus cavit, ne cui, qui filiofam. mutuam pecuniam dediſſet, actio petitiove daretur.
1 Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei, & occaſio contrahendi æs alienum, quo cùm opprimi cœperunt, verendum ampliſſimus ordo exiſtimavit, ne ad præmaturum atque improbum ſucceſſionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l. 1. & hoc text.* Simile eſt apud Ciceronem in defenſionem Sexti Roſcii. D. Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap. ultim.* quærit, & de eo aliquando dubitatum ſcribit, an etiam hodie ſecundum mores harum regionum vis ſua Senatuſconſulto conſtet. Et putat conſtare, ſed certis tantùm caſibus, quoties ſcilicet creditor ſciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut poſt mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos caſus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatuſconſultum manſuetudini morum & humanitati noſtrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum eſt, an filiusfam. ſe hujus Senatuſconſulti auxilio tueri poſſit in foro conſcientiæ. Vvameſius *cent. civ. 2. conſ. 99.* Tuldenus ad *tit. C. ad Senatuſc. Mac. n. 4.* reſpondent, in judicio animæ filiumfam. utentem exceptione Senatuſconſulti tutum non eſſe, niſi creditor ipſi pecunias ad profuſionem & luxum ſciens ſubminiſtraverit. Ad quem ferme modum & Covar. *ad cap. quamvis. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 3. num. 5.* qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfam. exceptioni Senatuſconſulti renunciare valeat. Et rectè cum DD. comm. concludit, non poſſe. Quid ſi renuntiatio juramento corroborata ſit? Putat idem Covar. *eod. loc.* tunc validam eſſe renuntiationem. Sed hoc vix eſt, ut ex ratione juris civilis defendi poſſit. Unde Zaſius *lib. 2. ſing. reſp. cap. 28.* etiam injuratam renuntiationem valere cenſuit; non utique ut filius renuntiatione ſua patri præjudicet, ſed ſibi. Quam ſententiam judicio ſupremi Senatus Mechlinienſis comprobatam refert Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 35. num. 10.*

TEXTUS.

De actione directa in patrem vel dominum.

8. *Illud in ſumma admonendi ſumus, id quod juſſu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus verſum erit, directo quoque poſſe à patre dominove condici, tanquam ſi principaliter cum ipſo negotium geſtum eſſet. Ei quoque, qui exercitoria vel inſtitoria actione tenetur, directo poſſe condici placet, quia hujus quoque juſſu contractum intelligitur.*

COMMENTARIUS.

CUi quod juſſu vel de in rem verſo, item cui exercitoria vel inſtitoria competit, is etiam directo patri & domino condicere poteſt, *l. ſi inſtitorem. 29. de reb. cred. l. ſi quis. 17. §. ult. de inſt. act. l. ult. pro ſoc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui poſtquam à prætore obliqua agendi ratio conſtituta eſſet, etiam directam admiſerint, hoc colore, quaſi cum ipſo patre aut domino res geſta ſit, *hoc text. & dd. loc.* Hodie obliquæ iſtæ actiones, ſeu potius actionum adjectiones, quod juſſu, tributoria, de peculio, de in rem verſo, uſum non habent: quoniam neque ſervos ullos habemus, neque liberi noſtri eo jure apud nos ſunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus inſtitorum noſtrorum aut alias præpoſitorum, ſive liberi noſtri ſint, ſive extranei, ſed ſoli & directo, ſicut ſupra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec inſtitoria in uſu amplius ſit, quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc titulum magna parte contrarium moribus noſtris notet Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 34.* poſt Bernard. Autumn. *in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITULUS OCTAVUS.
DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. C. Lib. 3. Tit. 41.

Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex ſervorum contractibus, nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam ſervi non ſolùm contrahendo dominos obligant, ſed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio eſt; nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi poteſt, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de injur.* Criminaliter ex delicto ſervi cum domino non agitur, ſed in ipſum ſervum eumque ſolum accuſatio & vindicta criminis dirigitur: niſi forte jubente domino deliquit; quo caſu etiam dominus tenetur, ſed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum eſt, uti notatum ſupr. ad §. *illud. 7. de mand.* Civiliter verò ſeu pecuniariè cum ſolo domino agi poteſt: & ſi quidem juſſit dominus ſervum delinquere, aut cùm prohibere poſſet, non prohibuit, in ſolidum obligatur, perinde ac ſi ipſe deliquiſſet: ſi verò ignoravit, aut cùm ſciret, prohibuit, ſed fruſtra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis eſt, ut ſi damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æſtimationem, *l. 1. cum 3. ſeqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non eſt, ſicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. ex pœnalibus. 58. de reg. jur.*

TEXTUS.

De ſervis. Summa.

Ex maleficiis ſervorum, veluti ſi furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiſerint, noxales actiones proditæ ſunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æſtimationem ſufferre, aut ipſum hominem noxæ dedere.

COMMENTARIUS.

E*X maleficiis*] Nomine maleficii & quaſi maleficium hìc accipiemus, quemadmodum ſupra contractus appellatione & quaſi contractus continetur.

Veluti ſi furtum fecerint] Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, ſed ex noxa atque maleficio ſervorum adverſus dominos inſtituuntur, *l. 1. h. t.* veluti ſi furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantùm cauſa quatuor iſtæ delictorum ſpecies nominantur. Planè delicta ſeu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. quid ſit. 17. §. noxas. 18. de ædil. edict. l. hæc ſtipulatio. 200. de verb. ſign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non eſſe proprias & per ſe conſiſtentes actiones, ſed actionum ex delicto adjectiones, ſicut actio de peculio adjectio eſt actionis ex contractu.

Aut litis æſtimationem] Sola litis æſtimatio in obligatione eſt: nam noxæ dedendi poteſtatem dominus à lege accipit, *l. 6 §. 1. de re jud.* unde intelligimus, non eſse neceſsarium, ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè ſententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare uſitatum, §. 1. *inf. de off. jud.* & peti conſultum; ne, dum ſimpliciter litis æſtimationem petimus, videamur arguere ſcientiam domini, & male agere.

TEXTUS.

Quid ſit noxa & noxia.

1. *Noxa autem eſt ipſum corpus, quod nocuit, id eſt, ſervus: noxia ipſum maleficium, veluti, furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIUS.

NOn omnino abs re eſt, ut pleríque clamitant, quod hìc tradit Juſtinianus, vocabulo *noxæ* ſignificari auctorem maleficii ſervum. Nam etſi paſſim non minus noxa quàm noxia pro ipſo maleficio uſurpatur, *l. 1. l. 2. §. 1. l. ſi quis. 14. de nox. act. l. quid ſit. 17. §. noxas. 18. de ædil. edict. cum ſimil.* negari tamen non poteſt, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipſum ſervum, qui deliquit, intelligant, veluti cùm dicunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt. 20. §. item. 5. de hær. pet. l. 6 §. 1. de re jud.* item *noxam dedere. l. 1. in fin. pr. de his qui dejec. §. 1. inf. de off. jud.* Neque enim aliud eſt noxam dedere, quàm dedere ſervum noxioſum. Servius ad illud Virgilii 1. *Æneid. v. 45. Unius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Planè cùm dicunt noxæ dedere, noxa maleficium ſignificat: eſt enim imperfecta illa locutio, & vetuſta conſuetudine ſubaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* ſit genitivi caſus. Eadem forma dicimus, cavere damni infecti, ſatis legatorum deſiderare, *l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. &c.* niſi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod dedere pro pœna noxæ: nam & in noxam & ad noxam dedere legimus, *l. 1. §. cum arietes. 21. ſi quadr. paup. fec. l. ſi in re. 19. §. ult. h. t.* & veteres gloſsæ

Digitized by Google

Philoxeni noxæ deditum interpretantur *ἔκδοτον εἰς κόλασιν*, teſte Salmaſ. *lib.2. de mod.uſur.p.*888.

TEXTUS.

Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permiſſum eſt noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipſorum corpora dominis damnoſam eſſe.*

COMMENTARIUS.

SIcut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum paſſus eſt, nulla ex parte ſatisfieri; ita & iniquum viſum, dominum ex maleficio ſervi in plus teneri, quàm ut noxæ eum dedat, *l.2. in pr. h. t.*

TEXTUS.

Effectus noxæ deditionis.

3. *Dominus noxali judicio ſervi ſui nomine conventus ſervum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus ſervi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus eſt ſervus, reſarcierit quæſita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.*

NOTÆ.

3. *Invito domino manumittetur*] Singularis modus adipiſcendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus apud Rufin. *tit. de atroc. injur.*

COMMENTARIUS.

DOminus ſervum noxæ dedendo liberatur ab æſtimatione litis, ſervique dediti dominium in perpetuum ab eo diſcedit, quamvis non ſtatim pleno jure migret in eum, cui deditus eſt: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, ſed bonitarium tantùm, hoc eſt, facit, ut deditus in bonis eſſe incipiat ejus, cui deditur, *l. electio. 26. §. ult. h. t. l. 2. in fin. ſi ex nox. cauſ. ag.* Sed hac diſtinctione non amplius utimur, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Sin autem damnum] Singularis modus adipiſcendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem conſequi non poteſt, quamtamcumque pecuniam offerat: in propoſito tamen placuit, eum poſſe, ſervumque noxæ deditum, ſi quæſita aliunde pecunia damnum ſarcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus eſt, manumitti. Cujus ego rei hanc eſſe rationem puto, quod cauſa ſervitutis apud hunc dominum eſt damnum, quod ei datum eſt: quæ cauſa cùm ceſſet oblata damni æſtimatione, ceſſare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem conſtitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

HIc locus confirmat quod ſupra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre ſpecie, ſed tantùm qualitate adjectitia, cujus is effectus eſt, ut ſervum noxæ dedere liceat.

Veluti furti] Intellige nec manifeſti in duplum. Nam furti manifeſti actio non legitima, ſed honoraria eſt, *inſ. de perp. & temp. act. circa fin. pr.* Accurſius, Contius, Cujac.

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput ſequitur. Nam ſi ſervus tuus noxam commiſerit, quamdiu in tua poteſtate ſit, tecum actio eſt. Si autem in alterius poteſtatem pervenerit, cum illo incipit actio eſſe. At ſi manumiſſus fuerit, directo ipſe tenetur, & extinguitur noxæ deditio. Ex diverſo quoque directa actio noxalis eſſe incipit. Nam ſi liber homo noxam commiſerit, & is ſervus tuus eſſe cœperit, (quod quibuſdam caſibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum eſſe noxalis actio, quæ ante directa fuiſſet.*

COMMENTARIUS.

1 *Cùm ſervus ex contractu ne quidem poſt manumiſſionem conveniri queat, cur placeat, eum manumiſſum ex delicto directa actione teneri?*

NOxalis actio caput ſequitur] Iiſdem verbis hæc regula aſſertur in *l. qui ex pluribus. 20. h. t.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput ſequitur, l. ult. eod. l. 1. C. eod. l. rem mihi. 21. in fin. commod. l. 1. §. ſi apud. 18. depoſ. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur. 18. de furt. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Id eſt, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ ſervum, quocumque eat, & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus ſervorum hæc clauſula adjici ſolita erat, *eos noxis ſolutos eſſe, l. 1. §. 1. & paſſ. de ædil. edict.* hoc eſt, non eſſe in ea cauſa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri poſſit.

Si manumiſſus fuerit] Huic etiam caſui accommodatur regula, *Noxa caput ſequitur, l. 1. §. ſi apud. 18. depoſ. l. 4. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Cæterum quia manumiſſus ipſe judicio conveniri poteſt,

ceſ-

Digitized by Google

ceſſat actio noxalis,& cum eo directè agitur, perinde ac ſi, quo tempore deliquit, liber fuiſſet, *l. quod ab alio. 15. de cond.furt.d.l.4.C.an ſerv.pro*
1 *ſuo fact.* At enim cùm ſervus ex contractu ſervitutis tempore inito ne quidem poſt manumiſſionem conveniri queat, *l.1.l.2.& 5.C. d.tit.* excepto caſu ſpeciali, *l.5.C.eod.* cur placet, ex delicto tempore ſervituris commiſſo manumiſſum directè conveniri? Non ſanè quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, poſt manumiſſionem incipit eſſe civilis; ut putant D.Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus ſervi naturaliter obligantur, *l. 14. de obl. & act.* ſed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio perſonæ ipſius ſervi planè inhæreat, ſervumque æquè ac liberum pœnæ ſubjiciat, quæ etiam ipſi ſervo irrogatur, cùm de coercitione corporali quæritur. Tantùm obſtat conditio ſervi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi poſſit, quod obſtaculum manumiſſione removetur. Contractuum verò diſſimilis ratio eſt. Nam ſervus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacitè concedit, ut qui cum ſervo contrahit, non tam ſervi, cum quo ſcit nullam ſibi actionem eſſe poſſe, quàm domini perſonam ſpectare videatur.

Si liber homo] Hoc exemplum ſuperiori contrarium eſt: nam ut illic actio noxalis ex poſtfacto incipit eſſe directa, ita hac directa fit ex poſtfacto noxali. Nimirum ſemper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l. 7. §. 1. de cap. min. l. 1. in fin. de priv. del.*

Textus.

Si ſervus domino noxam commiſerit, vel contra.

6. *Si ſervus domino noxam commiſerit, actio nulla naſcitur. Namque inter dominum & eum, qui in poteſtate ejus eſt, nulla obligatio naſci poteſt. Ideoque ſi in alienam poteſtatem ſervus pervenerit, aut manumiſſus fuerit, neque cum ipſo, neque cum eo, cujus nunc in poteſtate ſit, agi poteſt. Unde ſi alienus ſervus tibi noxam commiſerit, & is poſtea in poteſtate tua eſſe cœperit, interdicitur actio: quia in eum caſum deducta ſit, in quo conſiſtere non potuit. Ideoque licet exierit de tua poteſtate, agere non potes: quemadmodum ſi dominus in ſervum ſuum aliquid commiſerit, nec ſi manumiſſus aut alienatus fuerit ſervus, ullam actionem contra dominum habere poteſt.*

Commentarius.

Quod dictum eſt, ex maleficiis ſervorum noxales actiones proditas eſſe, noxamque ſequi caput nocentis, eumque manumiſſum quoque teneri, id ita ſe habet, ſi ſervus extraneo noxam commiſerit, ſecus autem ſi domino: nam hìc jus poteſtatis facit, ut nulla ab initio naſcatur actio, *l. 1. C. hoc tit. l. ult. C. an ſerv. pro ſuo fact.* ubi facetè Diocletianus & Maximianus jubent, dominum ſervum domi convenire, id eſt, verberibus caſtigare.

Et ideo ſi in alienam poteſtatem] Conſectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à ſervo in dominum commiſſam nulla actio naſcitur, hoc neceſſario ſequitur. Neque enim poteſt actio, quæ nata non eſt, ſervum auctorem noxæ ſequi, aut poſt ejus alienationem vel manumiſſionem demum naſci, *d. l. ult. C. an ſerv. pro ſuo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur. 18. de furt.*

Unde ſi alienus ſervus] *l. ſi alienus. 37. hoc tit. d l. ult. C. an ſerv. pro ſuo fact.* Regula de extinctione obligationis poſtquam in eum caſum recidit, à quo incipere non poteſt, à me expoſita eſt ad §. *ex contrario. 14. ſup. de legat.*

Interdicitur actio] Legendum haud dubiè *intercidit*, cum Ruſſardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀποσβέννυται, id eſt, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l. ſi alienus. 37. hoc tit.*

Licet exierit de poteſtate] Quoniam actio ſemel extincta non reſtauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus. 37. l. qui res. 98. §. arcam. 8. de ſolut.*

Si dominus in ſervum ſuum] Hoc eamdem rationem habet: quia ſcilicet nulla ex ipſo facto nata fuit actio.

Textus.

De filiisfamilias.

7. *Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum maſculis & fœminis admiſere: nova autem hominum converſatio hujuſmodi aſperitatem rectè reſpuendam eſse exiſtimavit, & ab uſu communi hoc penitus receſſit. Quis enim patiatur, filium ſuum & maximè filiam, in noxam alii dari, ut pæne per filii corpus pater magis quàm filius periclitetur? cùm in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc benè excludat. Et ideo placuit, in ſervos tantummodo noxales actiones eſse proponendas: quum apud veteres legum commentatores invenerimus ſæpius dictum, ipſos filios familiarum pro ſuis delictis poſſe conveniri.*

Notæ.

7. *In noxam alii dare, ut pæne per filii corpus*] Cujac. *ex lib. vet. dare, ut pæne per corpus pater magis*, &c. quomodo & Theoph. legiſſe videtur.

Pro ſuis delictis conveniri] Etiam pecuniariè, *dd. ll.* Quin in patrem etiam poſt condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. 11. de pecul.*

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

APud veteres non minus filiorum filiarumque familiæ noxæ deditio, quàm ſervorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quàm domino in ſervos poteſtas erat. Sed poſtea illud diſplicuit, diu tamen ante tempora Juſtiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & ſeqq. hoc tit. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. §. pen. de obl. & act.* Paul. 2. *ſent.* 31. Papin. *apud leg. Moſ. & Rom. parjatorem. tit.* 2. Rationes diſplicentiæ variæ hic afferuntur. Prima ſumitur à miſeratione liberorum, qui ita in ſervitutem alii tradebantur: cui adjungitur alii à favore pudicitiæ, tangens præcipuè ſexum fœmineum. Tertia ducitur à miſeratione patris: quo facit *l. 8. in fin. quod met. cauſ.* Chryſoſt. *hom. 29. in Geneſ. c. 9.* ἴστε ὅτι πολλάκις εὔξαιντο πατέρες ὑπὲρ παίδων τιμωρίαν ὑπεχεῖν, &c. *Scitis, ſæpe patres optare pœnam pro liberis ſuſtinere*. Poſtrema ex eo, quod ipſi liberi ex delictis ſuis pecuniariè quoque conveniri poſſint: qui ſi condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque poſt condemnationem actio judicati de peculio datur, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul. l. & ſi. 35. de nox. act.* Actionum noxalium hodie nullus uſus eſt, quoniam ſervos non habemus. VINN. Vel potius, quia ſervos non habemus ejus conditionis, cujus erant ſervi Romanorum. Servi, quales Germanicæ originis generis ſemper habuerunt, (vid. Tac. *de Mor. Germ. c. 25.*) qualeſque etiamnum in Vveſtphalia aliiſque locis ſub nomine hominum propriorum reperiuntur, non ſunt res, ſed perſonæ, quamvis glebæ adſcriptæ. Et hinc ſi delinquerunt; non dantur noxæ, ſed ipſi vel mulctantur, vel caſtigantur. HEIN.

TITULUS NONUS.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

D. Lib. 9. Tit. 4.

Nexus.

IN numero actionum noxalium eſt & actio de pauperie: nam quemadmodum ſuperiores ob noxam ſervi, ita hæc ob noxam animalis in dominium datur, ut aut damnum ſarciat, aut corpus quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

De actione, ſi quadrupes ex l. XII. Tabb.

Animalium nomine, quæ ratione carent, ſi qua laſcivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tabb. prodita eſt: quæ animalia ſi noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex 12. Tabb. ſcripta eſt, ut puta, ſi equus calcitroſus calce percuſſerit, aut bos cornu petere ſolitus, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam moventur, locum habet. Cæterum ſi genitalis ſit feritas, ceſſat actio. Denique ſi urſus fugerit à domino, & ſi nocuerit, non poteſt quondam dominus conveniri, quia deſiit dominus eſſe, ubi fera evaſit. Pauperies autem eſt damnum ſine injuria facientis datum. Nec enim poteſt animal injuriam feciſſe dici, quod ſenſu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

Aut feritate] Non naturali, ſed qua contra naturam generis ſui animal motum pauperiem dedit, *l. 7. §. 7. hoc tit.* ἐξίσταται τῆς φύσεως. Ariſt. 7. *Eth.* 7.

Ita lex 12. Tabb. ſcripta] *d. l. 1. in pr.* Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in *Solon. p. 91.* vide & *Levit. 21. verſ. 28. & ſeqq.* Plaut. 11. *de legib.* VINN. Lex illa Solonis eſt de cane & aliis quadrupedibus obnoxiam dedendis. Sed dubito, an unquam leges Solonis dictæ ſint *Soloniæ*. Placuit hæc denominatio Cujacio in Not. ad Paull. *Rec. Sent. lib. 1. tit. 15. §. 1.* quia ibi mentio fit legis *Peſulaniæ* de cane. Unde vir ſummus legem Soloniam exſculpſit. Vid. *Antiq. noſtr. Rom. h. t. §. 2. p. 260.* HEIN.

Contra naturam moventur] Quod ſi culpa aut inſtigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agetur, *d. l. 1. §. 4. & 3. ſeqq.*

Si genitalis ſit feritas] Id eſt, genuina & naturalis, *d. l. 1. §. 10.*

COMMENTARIUS.

ANimalium nomine] In *rubr. hic & in pr.* quadrupedum tantùm mentio fit. Nimirum lex 12. tabb. nominatim de quadrupedibus ſcripta fuit, quæ fere ſolæ nocere ſolent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etſi non quadrupes, ſed aliud animal pauperiem fecerit, *l. 4. hoc tit.* Porro quadrupedum quædam ſunt pecudes, nimirum quæ gregatim paſcuntur, quædam non pecudes, *§. 1. & §. capite. 13. ſup. de leg. Aquil.* Rurſus non pecudum quædam ſunt cicures, manſuetæ, domeſticæ, ut canes, feles, *l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* quædam feræ beſtiæ, in quibus genitalis eſt feritas, ut urſi, apri, leones, *l. 1. §. in beſtiis. 10. hoc tit. d. l. 2. §. 2. ad leg. Aq.* Ad ſolas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes manſuetas tantùm hæc actio pertinet. De feris tamen beſtiis utilis datur, *§. 1. inf. eod.*

Aut pavore] Alias *fervore*. Theophil. κατὰ δειλίαν.

Aut feritate] Non naturali, ſed qua contra naturam generis ſui mota damnum dederunt: nam

motus

Digitized by Google

motus in animali non niſi qui contra naturam eſt, huic actioni locum facit, ut mox ſequitur.

Noxalis actio] Id eſt, ita de pauperie, ut ſi quidem is, cum quo agitur, damni æſtimationem præſtare velit, animal retinere poſſit; ſi verò noxæ dedere malit, liberetur, *l. 1. eod.*

Quia ita l. 12. tabb. ſcripta] Et ideo ita ſcripta, quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipſorum dominis damnoſam eſſe, *arg. §. 2. tit. præc.* Sanè ex cauſa etiam gravius coerceri dominus poterit, veluti ſi ſciens vitium animalis, id paſſus ſit vagari ſine cuſtode.

Quæ contra naturam moventur] Id eſt, contra naturalem manſuetudinem omnium ejus generis animalium, & quaſi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitroſi, & bovis cornu petere ſoliti oſtendunt: alioqui culpa aut inſtigatu hominis damnum datum credendum eſt, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l. 1. §. itaque. 4. cum 3. §. ſeqq. hoc tit.*

Si genitalis ſit feritas] Id eſt, nativa. Gell. *lib. 4. cap. 1. Ajunt, Trebatium ex edicto appoſuiſſe, ſi ea mulier à principio genitali in ſterilitate eſſet.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris beſtiis illatum non conceditur, *l. 1. §. in beſtiis. 10. hoc tit.*

Denique ſi rurſus fugerit] Si fera nocuit, poſtquam fugiſſet, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cùm damnum daret. Idem eſt, ſi fugerit, poſtquam nocuiſſet; quia inſtar ſervi manumiſſi eſt, nec dedi, quæ evaſit, fera poteſt. Sed & ſi adhuc in poteſtate ſit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia ceſſat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l. 1. §. in beſtiis. 10. hoc tit.* Cæterum poſtremo hoc caſu, & ſi non directa, utilis tamen de pauperie competit, *§. 1. inf. eod.*

Quod ſenſu caret] Id eſt, non ſentit aut intelligit ſe delinquere, quod rationis uſu caret. Nam ſenſum utique & animam ſentientem etiam animal a bruta habent. Sed & injuriam facere dici poſſunt, eo ſcilicet ſenſu, quo & jure uti dicuntur, *ſup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde ſi arietes commiſerunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, diſtinguitur, *l. 1. §. cum arietes. 11. hoc tit.* vid. Grot. *1. de jur. bell. cap. 2. num. 3.*

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

1. *Cæterum ſciendum eſt, edilitio edicto prohiberi, nos canem, verrem, aprum, urſum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & ſi adverſus ea factum erit, & nocitum libero homini eſſe dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur. Cæterarum verò rerum, quanti damnum datum ſit, dupli. Præter has ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præſertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam conſumet.*]

NOTÆ.

1. *Urſum, leonem*] Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l. 41. d. tit.*

Et de pauperie] Utilis ſcilicet, ut ſupra diximus. Utilis item datur, cùm non quadrupes, ſed aliud animal damnum dedit, *l. pen. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat? & quædam uſu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum eſt, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere ſolet, habere, qua vulgo iter fit, *l. enim. 40. §. 1. cum ll. ſeqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere ſolito in via publica homini libero inflictum, actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *l. qua vulgo. 41. d. tit.* ſcilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cùm liberum corpus æſtimationem non recipiat, ſed impenſarum in curationem factarum, & operarum amiſſarum, quaſque amiſſurus quis eſſet inutilis factus, *l. 3. hoc tit.* Quod ſi liber homo ex ea re deperiit, ducentorum ſolidorum judicium datur, *d. l. quæ vulgo. 41.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli] Ob damnum à fera beſtia aut vitioſo animali aliter quàm homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo. 41.*

Et de pauperie competit] Utilis ſcilicet. Nam ut ante dictum eſt, directa non competit de damno dato à fera beſtia; ſed nec utilis tunc aliter locum habet, quàm ſi fera, quæ nocuit, adhuc in poteſtate ſit. An nomine damni à cane dati di- 1 recta de pauperie competat, dubitatum eſt, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit auctore Plutarcho; & ſimiliter Plato *lib. 11. de legib.* Veriſimile autem eſt, decemviros à legibus Athenienſium ſuam ſumpſiſſe. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil intereſt, utilem an directam competere dicamus, ut in ſpecie. *l. 2. §. 1. hoc t.* Si pecus ſecundum naturam ſuam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depaſtum ſit, non agitur de pauperie, ſed propria actione de paſtu pecoris, quæ & ipſa noxalis eſt, & ſimul cum de pauperie prodita lege 12. tabb. Paul. *1. ſent. 15. l. qui ſervandarum. 14. §. ult. de præſcr. verb.* Hodie noxæ deditio non uſurpatur, ſed damnum datum æſtimatur arbitrio judicis. Vveſemb. *par. hoc tit. n. 6.* Buſius in *l. 1. §. plane. 11. ff. hoc tit.* Grot. tamen, *lib. 3. introd. c. 38.* ſimpliciter jus Romanum refert, quaſi noxæ deditio etiamnum poſita ſit in arbitrio domini: quod & Groenevv. *de ll. abrog. hic.*

affirmat. Invaluit quoque contra jus civile Rom. *l. Quintus. 39. §. 1. ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehenſum includere liceat, quoad domino paſcuorum ſatisfiat. Vveſemb. *d. loc.* Baro Tuning. *hic.* Grot. *d. loc.*

Nunquam actiones, præſertim pœnales] Hoc idem traditur in *l. pen. de obl. & act. l. nunquam.* 130. *de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concurſu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci diſputatio eſt: adeantur Pet. Fabr. *ad l. nemo. 43. §. 1. & d. l. numquam. 130. de reg. jur.* Don. *lib. 21. comm. 3.* Hotom. *illuſt. quæſt. 29.* Tim. Fab. *diſp. anniv. 28.* Bachov. *hic.* qui iſtam materiam ex profeſſo & plenè tractaverunt.

TITULUS DECIMUS.

DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri poſſit. Non incommodè nunc ſubjicitur de perſonis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.

Per quos agere liceat.

Nunc admonendi ſumus, agere poſſe quemlibet hominem aut ſuo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in uſu fuiſſet, alterius nomine agi non poſſe, niſi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hoſtilia permiſſum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut reipublicæ cauſa abeſſent, quive in eorum cujuſvis tutela eſſent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & neceſſaria peregrinatio, itemque aliæ multæ cauſæ ſæpe hominibus impedimento ſunt, quominus rem ſuam ſibi exequi poſſint.

NOTÆ.

Pro populo] Pro populo agebat actor, ſyndicus, σύνδικος, quoniam univerſi agere non poſſunt.

Pro libertate] Quia ſervo jus non erat lege agendi: quam ob cauſam aſſertor conſtituebatur. Livius *lib. 3. cap. 44.* Aſſertor eſt vindex alienæ libertatis. Donat. *in And. act. 2. ſcen. 1.*

Pro tutela] Id eſt, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipſe in judicio conſiſtere non poteſt.

COMMENTARIUS.

ALterius nomine agere non poſſe] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id eſt, certis ac ſolemnibus formulis conſtabant, *l. 2. § deinde 6. de orig. jur.* quas proinde ſuo quemque nomine & præſentem proponere oportebat. Cujus rei arg. eſt caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib. 20. cap. 1. Si morbus ævitaſve vitium eſcit, qui in jus vocabit, jumentum dato, ſi volet, arceramve ſternito.* Sed poſtquam actus contentioſæ juriſdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æſtimabantur, amiſerunt, cœperuntque per procuratores exerceri, ſoli actus juriſdictionis voluntariæ, quales ſunt adoptio, emancipatio, manumiſſio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo. 123. de reg. jur.* add. quæ ſcripſimus ad *§. ſed etſi. 8. ſup. quib. mod. jus pat. pot. ſolv.*

Niſi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ cauſæ neceſſario exceptæ: quoniam nec univerſi agere poſſunt, nec ſervo jus erat lege agendi; quam ob cauſam aſſertor conſtituebatur, *tot. tit. C. de aſſert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio conſiſtere non poterat.

Pro tutela] Id eſt, pro pupillo, nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter ſe de tutela contendentibus, uter ipſorum tutor eſſe debeat: quod eſt ineptiſſimum.

Lege Hoſtilia] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tuliſſe A. Hoſtilium conſulem cum A. Atilio, anno ab urbe condita 580. quo auctore, neſcio.

Non minimam incommoditatem] Uſus procuratorum perquam neceſſarius eſt, ut, qui rebus ſuis ſupereſſe vel nolunt, vel non poſſunt, vel non ſatis commodè poſſunt aut honeſtè, per alios poſſint vel agere, vel actionem excipere, *l. 1. §. 2. de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.] Hujuſmodi impedimenta uſum procuratorum initio introduxerunt, *l. 1. §. 2. de procur.* quo tamen ſemel recepto, etiam extra cauſam neceſſitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel ſuſcipi cœpit. VINN. Enimverò quia non ferebant leges, & actiones legis admitterent procuratorem; JCti excogitarant modum, quo poſſent procuratores ſalvo illo vetere principio *l. 123. ff. de R. I.* admitti. Fingebant enim procuratores quidem mandato conſtitui, ſed litis conteſtatione fieri dominos litis, adeoque non pro aliis lege agere, vel item excipere, ſed pro ſe ipſis. Plura

de

Digitized by Google

de hac fictione diximus in *Elem. Jur. Civ. ſec. Ord. Inſt.* §. 1246. *ſequ.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis procurator conſtituatur.

1. *Procurator neque certis verbis, neque præſente ſemper adverſario, immo & plerumque eo ignorante, conſtituitur. Cuicumque enim permiſeris rem tuam agere, aut defendere, iis tuus procurator intelligitur.*

NOTÆ.

1. *Procurator*] Procurator dicitur, quiſquis aliena negotia mandatu domini adminiſtrat, *d. l. 1. pr. &* §. 1. ſed ad propoſitam materiam pertinent ſoli procuratores forenſes.

Neque certis verbis] *d. l. 1.* §. 1. id eſt, non verbis ſolemnibus, aut conceptis, ſed nudis. Paul. 1. *ſent.* 3.

Cuicumque permiſeris] Dummodo procurator eſſe non prohibeatur, §. *ult. inf. de except.* Pac.

Is tuus procurator intelligitur] Specialiter tamen procurator à reo datus, defenſor dicitur; quem actor conſtituit, procurator, *tit. de proc. & defenſ.* qui ſine mandato cauſam alterius defendit, *ἰδιωτάτως* defenſor dicitur, *l.* 28. *l.* 40. §. 2. *l.* 51. *&c. d. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Quale ſit officium, & quæ poteſtas procuratoris, maximè hodie.*

PRocurator in uſu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini adminiſtrat. Nec is tantùm, qui adminiſtrat forenſia & judicialia ſed etiam qui alia quævis extra judicium, *l. 1. in pr. &* §. 1. *de procur.* vid. *ſup. tit. de mandat.* ſed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propoſitam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis, neque præſente adverſario] *d. l. 1.* §. 1. Hic autem locus indicio eſt, olim certam fuiſſe formulam verbis quibuſdam ſolemnibus conceptam, qua procuratores præſentibus adverſariis conſtituerentur.

Rem tuam agere aut defendere] Specialiter tamen procurator à reo datus defenſor dicitur; quem verò actor conſtituit, procurator, nomine generis ad ſpeciem oppoſitam contracto, *rub. de procur. & def.* Specialiſſimè autem defenſor eum denotat, qui ſine mandato abſentis defenſionem ſuſcipit, §. *ſi verò.* 5. *tit. ſeq.*

1 Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo ſubibat invitus, *l. invitus.* 17. *C. de proc.* & quivis mandatu domini exercere poterat, *l. 1. eod.* utique ſi non expreſsè procurator eſſe prohiberetur, §. *ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum eſt, cùm in unoquoque foro certæ perſonæ deſignentur, juramentoque adigantur, quæ ſolæ id munus obeant, ſingulorumque negotia exemplo advocatorum ſuſcipere cogantur. Quod tuendæ forenſis dignitatis cauſa inſtitutum eſt, ne ſcilicet rerum forenſium omnino imperiti negotia privatorum apud magiſtratum defendant, *arg. l. 1. de poſtul.* Batt. *hic. comm. part. alt. & ſup. de mand.* Gail. 1. *obſ.* 43. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 3. *tit.* 13. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 107. Zypæ. *not. jur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accuratè docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia diſcrepent. Quæ ſit poteſtas cujuſque procuratoris, ex forma mandati ſimulque ex mente domini æſtimandum eſt. Aliquando enim plus videri poteſt mandatum quàm expreſſum: ut ecce, ei, cui mandatum eſt in rem agere, cenſetur quoque, ſi res mobilis eſt, mandatum, ut agat ad exhibendum, *l. ad rem.* 56. *de procur.* Nam in univerſum cui aliquod negotium mandatum eſt, cuncta ſimul conceſſa videntur, ſine quibus illud negotium explicari non poteſt, *l.* 2. & ibi DD. *de juriſd.* Item procurator ad agendum datus poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ forte à reo adverſus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipſum etiam cavere debet, *l. ſervum.* 33. §. *ait prætor.* 3. *de procurat.* Ludov. *Rom. ſingul.* 115. Ex contrario quamvis generale ſit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ veriſimile eſt non facile quempiam mandaturum fuiſſe, cujuſmodi ſunt cauſa famæ, tranſactio, delatio jurisjurandi, & ſimilia, quæ idcirco dicuntur ſpeciale exigere mandatum, *l. non ſolum.* 39. §. *ult. l. mandato* 60. *eod. tit. cap. qui ad agendum.* 4. *x. eod. in* 6. & ibi Gloſſa. Vveſemb. *par. de procur. num.* 7. & 11. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 3. *tit.* 13 *cap.* 3. & 4. Gudelin. *lib.* 4. *de jur. nov. cap.* 4.

TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores conſtituuntur.

2. *Tutores & curatores quemadmodum conſtituantur, primo libro expoſitum eſt.*

COMMENTARIUS.

TUtores & curatores aliis modis, quàm procuratores, conſtituuntur, nimirum aut teſtamento à parentibus, aut lege, aut magiſtratibus, quibus id ſpecialiter permiſſum eſt, ut ſuis locis expoſitum eſt, *lib.* 1. *tit.* 13. & *ſeqq.*

Digitized by Google

TITULUS UNDECIMUS:

DE SATISDATIONIBUS:

Dig. Lib. 2. Tit. 8. C. Lib. 2. Tit. 57.

Continuatio. Cautio quotuplex.

QUoniam alieno nomine ſine ſatisdatione agi non poteſt, multoque minus actio alieno nomine ſuſcipi, non intempeſtivè tractatio de ſatiſdationibus ſuperiori ſubjicitur. Videamus igitur, quid ſit ſatiſdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ eſt promiſſio ſecuritatis ſine pignore aut fidejuſſore, cui ſi jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *inf. eod.* alia idonea, quæ ſatiſdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejuſſoribus, *l. promiſſor. 21. §. 2. de conſt. pec.* frequentiſſimè tamen ea, quæ fit datis fidejuſſoribus, in ſpecie ſatiſdatio appellatur, *l. 1. qui ſatiſd. l. 3. C. de verb. ſign.* & quoties lex aut prætor ſatiſdationem deſiderant, regulariter fidejuſſoribus datis cavendum eſt, *l. 7. de ſtip. præt.* quamquam nonnumquam & pignora admittuntur, *l. 1 §. jubet. 9. de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Finis ſatiſdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic eſt, ut judicium, eaque, quæ in judicio uſque ad ſententiam aguntur, tanto magis rata ſint, effectumque ſuum conſequantur.

TEXTUS.

De judicio perſonali.

Satiſdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per uſum amplexa eſt. Olim enim ſi in rem agebatur, ſatiſdare poſſeſſor compellebatur, ut, ſi victus eſſet, nec rem ipſam reſtitueret, nec litis æſtimationem, poteſtas eſſet petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejuſſoribus ejus. Quæ ſatisdatio appellatur judicatum ſolvi. *Unde autem ſic appelletur, facile eſt intelligere. Namque ſtipulabatur quis, ut ſolveretur ſibi, quod fuiſſet judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, ſatiſdare cogebatur, ſi alieno nomine judicium accipiebat. Ipſe autem qui in rem agebat, ſi ſuo nomine petebat, ſatiſdare non cogebatur. Procurator vero ſi in rem agebat, ſatiſdare jubebatur,* rem ratam dominum habiturum. *Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem re experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, ſatiſdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus ſatiſdatio remittebatur. Hæc ita erant, ſi in rem agebatur.*

NOTÆ.

Satiſdationum] Satiſdare propriè eſt fidejuſſoribus datis cavere, *l. 1. qui ſatiſd. cog. l. 3. C. de verb. ſign. l. 7. de præt. ſtip.*

Si alieno nomine judicium accipiebat] Quoniam nemo alienæ litis defenſor idoneus ſine ſatiſdatione, *l. 46. § 2. l. 53. de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, *l. 40. §. 2. d. t.*

Satiſdare jubebatur, rem ratam &c.] Nempe ubi de mandato domini non ſatis liquidè docere poterat, *arg. l. 3. §. 2. ut in poſſ. leg. l. 1. C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini oſtendit, ſupervacua cautione onerari debet, *d. l. 1. C. de procur.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cujus mandato conſtat, non cavere de rato.*

2 *Sed neque tutorem, quem talem eſſe conſtat.*

A*Ntiquitati placuit*] Antiqui hujus juris veſtigia non pauca nobis in ff. reliquerunt Compoſitores, uti ex iis, quæ ſequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus ſub triplici diſtinctione, actionis in rem & in perſonam, rei & actoris, perſonarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satiſdare poſſeſſor compellebatur] Olim in actione in rem poſſeſſor ſatiſdare judicatum ſolvi cogebatur, *l. 8. & alib. jud. ſolv. l. ſi eum. 33. de fidejuſſ.* Patet etiam ex *l. 1. C. uti poſſ.* ſi poſſeſſor non caviſſet, poſſeſſionem in adverſarium tranſlatam fuiſſe; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de cauſa res mobilis nonnumquam ſequeſtrari & apud officium deponi ſolebat, *l. 7. in fin. qui ſatiſd. cog.*

Nec rem ipſam, nec litis æſtimationem] Hic locus confirmat, quod *ſup. de act. §. præterea. 31.* aſſeruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuiſſe, id eſt, in ea quoque hoc obſervari ſolitum, ut primo poſſeſſor juberetur rem reſtituere, poſt deinde ſi non reſtitueret, condemnaretur in litis æſtimationem.

Cum eo, aut cum fidejuſſoribus] Itaque contra quàm Hotomannus exiſtimat, reo condemnato, nec ſolvente, non tantùm in fidejuſſores, ſed etiam in ipſum reum agi ex hac ſtipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum ſolvi] Hæc ſtipulatio, auctore Ulpiano *l. 6. jud. ſolv.* tres clauſulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his cauſis committitur, *l. 3. §. ſi reus. 8. l. 5. §. 2. l. cum querebatur. 13. l.*

ex

ex clauſula. 17. *eod.* Prima autem clauſula omnium potiſſima eſt, & ideo inde nomen accepit.

Multo magis ſi alieno nomine] Olim qui in rem judicium alieno nomine ſuſcipiebat, multo magis quàm reus ſatisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defenſor idoneus eſt ſine ſatisdatione, *l. qui proprio.* 46. §. 2. *l. non videtur.* 53. *de procur.* Sed & præter ſolitam ſatisdationem judicatum ſolvi, etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius.* 40. §. 2. *d. tit.*

Ipſe autem qui in rem] Olim qui in rem ſuo nomine agebat, ſatisdare non cogebatur. Quippe in cujus perſona ſatisdatio judicatum ſolvi locum non habebat, cùm actor non damnetur: neque verendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non perſequeretur.

1 *Procurator verò ſi in rem*] Ait, procuratorem actoris ſatisdare ſolitum fuiſſe rem ratam dominum habiturum. Falſa propoſitio, ſi de vero procuratore, ſeu eo, qui ſpeciale mandatum domini proferr, accipiatur, *l.* 1. *C. de procur. l.* 3 §. 2. *ut in poſſ. leg. fac. l. ſi procurator.* 65. *de procur. l. un. in pr. C. de ſatisd.* Nam ſtultum eſſet, cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini oſtendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum eſt, ne dominus iterum agat, procuratorem ſuperflua cautione onerati. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, niſi admodum raro, *d. l. Pomponius.* 40 §. *ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Juſtiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores eſſe aut non eſſe conſtat, ſunt intermedii, qui ſe procuratores eſſe dicunt, & de mandato domini aliquam ſaltem fidem faciunt, quamvis de eo ſatis liquide docere non poſſint, ac de his ſolis dicimus textum hunc intelligendum eſſe, arg. *l.* 3. §. 2. *ut in poſſ. leg. l.* 1. *C. de proc.* quibus locis perſpicuè diſtinguitur inter eum, cui mandatum eſſe conſtat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam ſine cautione, hic non aliter, quàm ſi de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & ſine mandato perſonæ conjunctæ, *d. l. Pomponius.* 40. §. *ult. de proc.* item procurator univerſorum negotiorum, *l.* 5. §. *qui procuratorio.* 18. *de nov. op. nunc.* Vinn. Et hinc hodie de rato non cavent, niſi qui vel mandatum non ſufficiens exhibent, vel ex mandato præſumto agunt, tanquam perſonæ conjunctæ. Hein.

Tutores & curatores eodem modo] Ait, tutorum & curatorum eamdem in ſatisdando conditionem fuiſſe, quæ procuratorum fuit: ſed aliquando his agentibus ſatisdationem remiſſam. Hæc quoque
2 ſententia falſa eſt. Nam non magis tutores, quos tales eſſe conſtat, de rato cavent, quàm procurator, quem talem eſſe certum eſt, *l. vulgo.* 23. *de adm. tut.* ejuſque rei perſpicua ratio eſt, quam etiam Juriſconſultus *d. loc.* affert, quia non minus tutor, quàm procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non ſit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc ſolùm cautio præſtanda, cùm dubitatur, an quis tutor ſit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* 23. Quod in procuratore, cùm de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propoſitionem cum Ulpiano *in d. l. vulgo.* 23. dicamuſque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut ſi dubitetur, an quis tutor aut curator ſit, tum cautio jure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpian. *l. ſervum.* 33. §. *ait prætor.* 3. *de procur.* ubi qui alieno nomine actionem poſtulat, jubetur cavere, ſe eum, cujus nomine agere inſtituit, defenſurum, ſi quid vice mutua ab eo reus petat, & ſimul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem ſpeciale mandatum habentem, quippe quem conſtat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tametſi altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore ſpeciale mandatum habente præſtanda ſit; tamen tutores & curatores ne illa quidem ſatisdatione onerari placuit, *l. ult.* §. 3. *C. de adm. tut.* Sed de eo hìc non quæritur.

Textus.

De judicio perſonali.

1. *Si verò in perſonam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus verò parte, cum quo agitur, ſi quidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo ſatisdaret, quia nemo defenſor in aliena re ſine ſatisdatione idoneus eſſe creditur. Quod ſi proprio nomine aliquis judicium accipiebat in perſonam,* judicatum ſolvi *ſatisdare non cogebatur.*

Notæ.

1. *Siquidem alieno omnimodo ſatisdaret*] Judicatum ſcilicet ſolvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex cauſ. in poſſ. Omnimodo*, id eſt, etiamſi mandatum habeat, *l.* 21. *rat. rem hab. l.* 1 *in fin. C. de ſatisd.*

Nemo defenſor idoneus] Regula paſſim tradita. Defenſor idoneus, ideſt, ἱκανὸς, ἀξιόχρεως, locuples, ἀξιόχρεος.

Commentarius.

Ab actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in perſonam agebat, ſi quidem ſuo nomine, non ſatisdabat, ſin alieno, ſatisdabat, rem ratam haberi, *l. ſervum* 33. *in fin. de procur.* niſi de mandato conſtaret: nam ubi mandatum apparet, non eſt neceſſaria ſatisdatio de rato, ut ſupra probavimus.

Ab ejus parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione perſonali defenſionem alterius ſuſcipiebat, ſatisdare cogebatur judicatum ſolvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex cauſ. in poſſ.* & uti eſt in textu, *omnimodo*, id eſt, ſive mandatum non haberet, ſive haberet; quod etiam expreſſum in *l.* 1. *in fin. C.*

de

Digitized by Google

de ſatisd.l.ne ſatisdatio.21.rat.rem.hab. & ſatis intelligitur ex generali regula paſſim tradita, quod nemo alienæ rei defenſor idoneus eſt ſine ſatiſdatione. Rationem hanc eſſe arbitror, quod ſuſceptio judicii ſpecies quædam eſt delegationis, *l.* 11.§.1. *de nov.* facitque, ut ſubtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei ſuccedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamſi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde eſt, quod ſtricta ratione juris in procuratorem ſententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum deneget, & in reum, cujus revera negotium geſtum eſt, concedit, *l. 4. de re jud.*

Quod ſi proprio nomine] Qui ſuo nomine actionem in perſonam ſuſcipiebat, judicatum ſolvi ſatiſdare non cogebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in perſonam reus non æquè condemnationem evitare poteſt quàm in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eamdem vim adverſus poſſeſſorem non habet, quem placet abſolvi, etiamſi poſt litem conteſtatam poſſidere rem deſierit, modo dolo & culpa careat, *l. ſin autem. 27. §. 1. de rei vind.* de quo plura ſcripſi ad §. *ſic itaque. 14. in fin ſup. de act.*

TEXTUS.

Jus novum, De Reo.

2. *Sed hodie hæc aliter obſervantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, ſive perſonali ſuo nomine, nullam ſatiſdationem pro litis æſtimatione dare compellitur: ſed pro ſua tantum perſona, quod in judicio permaneat uſque ad terminum litis. Vel committitur ſuæ promiſſioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promiſſionem, vel ſatiſdationem pro qualitate perſonæ ſuæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2. *Pro litis æſtimatione*] Ἕνεκα τῆς διατιμήσεως τῆς δίκης, id eſt, judicatum ſolvi ſatiſdare non cogitur: quæ ſatiſdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

COMMENTARIUS.

HOdie qui ſuo nomine quacumque actione convenitur, ſatiſdare de litis æſtimatione non cogitur. De litis æſtimatione dixit pro judicatum ſolvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro ſua tantùm perſona] Cujuſvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel ſatiſdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent ſcilicet ſe facturos, quod alias, fidejuſſoribus datis, promittere debuiſſent; ſimul & hoc, ſe idoneos fidejuſſores reperire non potuiſſe, *auth. generaliter. C. de Epiſc. & Cler.* Perſonæ quoque illuſtres non ſatiſdant, ſed jurant, *l. quoties. 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur ſatiſdatio, exceptis iis, qui immobilia poſſident, *l. ſciendum. 15. qui ſatiſd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror: alioqui quis locus eſſet nudæ repromiſſioni, quæ hoc loco & in ſubr. *qui ſatiſd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur ſtabitur nudæ poſſeſſoris immobilium promiſſioni. Interpretes in *l. 1. & d. l. ſciendum. 15. d. tit.* fere cenſent, poſſeſſorem teneri ea bona ſimul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Juriſconſulti in *d. l. ſciendum. 15.* valde alienum eſſe videtur. Quin cautio pigneratitia non minus idonea, immo aliquando utilior eſt, quàm fidejuſſoria.

Uſque ad terminum litis] Hæc igitur cautio plus continet quàm vetus illa judicio ſiſti. Nam illi ſatisfit, ſi reus judicio exhibeatur, neque neceſſe eſt litis exitum expectare. Huic verò non ſatisfit, niſi terminus litis expectetur. Alia cautio eſt, quæ noviſſimo jure in executorem litis exponitur de conteſtanda lite intra duos menſes. *auth. libellum. C. de lit. cont.*

TEXTUS.

De procuratore actoris.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel ſuſcipitur, in actoris quidem perſona, ſi non mandatum actis inſinuatum eſt, vel præſens dominus litis in judicio procuratoris ſui perſonam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, ſatiſdationem procurator dare compellitur. Eodem obſervando & ſi tutor, vel curator, vel aliæ tales perſonæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibuſdam per alium inferunt.*

NOTÆ.

3. *Vel aliæ tales perſonæ*] Intellige ſyndicos, vel actores municipiorum aut corporum.

Litem per alium inferant] Puta vel procuratorem, *l. 11. C. eod.* vel per actorem quem ipſe tutor aut curator ex ſua perſona conſtituere poſſunt, *l. un. C. de act. à tut. ſeu cur. dand.* ipſi verò per ſe agentes non ſatisdant, *l. 23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

IN *actoris perſona*] Qui ad agendum alieno nomine admitti poſtulat, ſiquidem mandatum probet, vel præſentis domini habeat auctoritatem, ſatisdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de ſatiſd. l. ſi procuratorem. 65. de proc. l. 1. C. eod. l. 3. § 2. ut in poſſ. leg. l. ne ſatiſdatio. 21. rat. rem hab.* ſin minus, ſine ſatiſdatione non admittitur. Sed nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, ſed ſolæ perſonæ conjunctæ, *l. ſed & hæ. 35. l. Pomponius. 40. §. ult. de proc.* item

pro-

Digitized by Google

procurator omnium bonorum, *l. 5. §. ſi procurator. 18. de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum ſit, vel non ſit, dubitatur, *d.l.3.§.2. ut in poſſ. legat. d.l. 1. C. de proc.* & ſecundum hæc temperandi textus generales in *l ſervum. 33. §. ait prætor. 3. l. non ſolum. 39. §. 1. de proc.*

Eodem obſervando & ſi tutor, vel curator, &c. litem per alium inferunt] Pura vel per procuratorem à pupillo vel adulto conſtitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. C. de proc.* vel per actorem, quem ipſe tutor vel curator ex ſua perſona conſtituere poſſunt, *l. un. C. de act. à tut. ſeu cur. dand. §. ult. ſup. de curat.*

Textus.

De procuratore rei præſentis.

4. *Si verò aliquis convenitur, ſiquidem præſens procuratorem dare paratus eſt, poteſt vel ipſe in judicium venire, & ſui procuratoris perſonam per* judicatum ſolvi *ſatiſdationem ſolemni ſtipulatione firmare, vel extra judicium ſatiſdationem exponere, per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat pro omnibus* judicatum ſolvi *ſatiſdationis clauſulis. Ubi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur, ſive in judicio promiſerit, ſive extra judicium caverit, ut tam ipſe quàm hæredes ejus obligentur. Alia inſuper cautela vel ſatiſdatione propter perſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in judicium veniet, vel ſi non venerit, omnia dabit fidejuſſor, quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit provocatum.*

Commentarius.

De eo, qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio eſt. Prima de procuratore rei, id eſt, eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc* §. altera de eo, qui mandatum non habet, & in ſpecie defenſor dicitur. De quo *§. ſeq.*

Poteſt vel ipſe in judicium venire, &c] Superius dictum eſt, eum, qui alienæ litis defenſionem ſuſcipit, teneri omnino ſatiſdare judicatum ſolvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem ſuum ab hoc onere liberare valeat; nimirum ſi ipſe pro procuratore ſuo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris ſui exiſtat fidejuſſor.

Pro omnibus judicatum ſolvi clauſulis] Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. ſolv.*

Ubi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur] Legendum omnino, *ubi & hypotheca rerum ſuarum cavere compellitur*. Nempe quoniam ipſe reus principalis hìc fidejuſſor eſt, qui etiam alias tenetur, præter ſatiſdationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona ſua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum ſit.

Alia inſuper cautela, &c.] Duplicem igitur cautionem in propoſito reus præſtat; unam pro perſona procuratoris ſui, alteram pro perſona ſua. In illa ipſe fidejuſſor eſt; in hac, qua promittit, ſe tempore recitandæ ſententiæ in judicium venturum, fidejuſſor non eſt, nec eſſe poteſt, ſed alium fidejuſſorem dat, qui idem adpromittat.

Propter perſonam ipſius exponenda] Non à procuratore, ut male nonnulli; ſc. Accurſ. & Curt. Theoph. interpretes, ſed ab ipſo reo, à quo manifeſtè tam hanc quàm ſuperiorem cautionem exigit Juſtinianus. Fabrot. Nec minus apertè Theophilus, paraphraſtes Græcus. Nam verba illa, *à procuratore*, non ſunt Theophili, ſed emblema Curtii interpretis Latini. Quod mirum eſt in editione Theophili non animadvertiſſe D. Gothofredum.

Omnia dabit fidejuſſor.] A reo in cauſam propoſitam datus. Theophilus, πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τούτου ἐγγυητὴς, vel ipſe, vel fidejuſſor. Et ita Cujac. *in not. poſter.*

Textus.

De procuratore rei abſentis.

5. *Si verò reus præſto ex quacumque cauſa non fuerit, & alius velit defenſionem ejus ſubire, nulla differentia, inter actiones in rem vel perſonales introducenda, poteſt hoc facere: ita tamen ut ſatiſdationem* judicatum ſolvi *pro litis æſtimatione præſtet. Nemo enim ſecundum veterem regulam (ut jam dictum eſt) alienæ rei ſine ſatiſdatione defenſor idoneus intelligitur.*

Commentarius.

Ad agendum alieno nomine ſine mandato nemo admittitur, præterquam paucis caſibus, quos ſupra memoravimus. At defenſionem alterius ſuſcipere nemo vetatur, qui modo paratus ſit ſatiſdationem judicatum ſolvi pro litis æſtimatione præſtare, *l un. C. de ſatiſd.* Cur tam variè? Nimirum humanum eſt, atque ideo publicè expedit, abſentes à quibuſcumque poſſe defendi, *l ſervum. 33. §. 2. de proc.* nulla verò aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis ſuadet, ut cuivis permittendum ſit, alieno nomine agere. Sed & multum intereſt, rei, ne conveniatur à falſo procuratore, quoniam dominus iterum experiri poteſt; nihil autem intereſt actoris, à quo reus defendatur, modo idonea ſatiſdatio ea, quam diximus, præſtetur. Ex quo porro etiam hoc eſt, quod defenſor ſtatim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis conteſtationem, *l. Titius. 76. de procur.* & in ipſum actio judicati datur, *l. Plautius. 61. d. tit. l. 4. de re jud.*

Tex-

Digitized by Google

TEXTUS.

Unde hæc forma diſcenda.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judiciorum uſu in ipſis rerum documentis apparent.*

Ubi hæc forma obſervanda.

7. *Quam formam non ſolùm in hac regia urbe, ſed etiam omnibus noſtris provinciis (etſi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere cenſemus: quum neceſſe ſit, omnes provincias caput omnium noſtrarum civitatum, id eſt, hanc regiam urbem, ejuſque obſervantiam, ſequi.*

NOTÆ.

6. *Judiciorum uſu*] Uſus eſt omnium rerum optimus magiſter.

7. *Non ſolùm in hac regia urbe*] Conſtantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata eſt, quod in eam imperii ſedes translata. Græci *αὐτὴν κρατοῦσαν*, *αὐτὴν βασιλεύουσαν* appellant. Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIUS.

1 *Hodiernus ſatiſdationum modus & uſus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib. 1. de offic. cap. 28. Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum ſine uſu & exercitatione conſequi poſſunt.* Uſus ſatisdationum hodie perexiguus præterquam adverſus debitores extraneos, quos detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia cavet, quàm de æſtimatione ſumptuum litis reo forte vincenti repenſanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, ſi domicilium ſub juriſdictione judicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia poſſideat. Procurator ſine mandato ad litigandum non admittitur, niſi arcto ſanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus ſit; quo caſu admitti ſolet cum cautione de rato. Defenſor idoneum mandatum exhibens judicatum ſolvi ſatisdare non tenetur; vid. Gloſſ. Jo. Fab. *hìc*. Tulden. *cap. 2. & 3.* Merul. *lib. 4. diſtinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps. & ſect. 3. tit. 5. cap. 1.* Vveſemb. *qui ſatiſd. cog. num. 6.* Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. 4. & 5.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 145. & ibi citat.* & Nai, *vol.* Groenevv. *de ll. abrog. hìc per tot.*

TITULUS DUODECIMUS.

DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. 11.

Continuatio.

QUoniam actio alicui conſtituta non ſemper durat, ſed actiones certo temporis ſpatio terminatæ ſunt; neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æquè in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto; non abs re eſt, quod hic titulus ſuperioribus ſubjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

Hoc loco admonendi ſumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatuſve conſulto, ſive ex ſacris conſtitutionibus proficiſcuntur, perpetuo ſolere antiquitus competere, donec ſacræ conſtitutiones tam in rem, quam in perſonam actionibus certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris juriſdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipſius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id eſt, uſque ad finem conſtitutionibus introductum; quales ſunt eæ, quas bonorum poſſeſſori, cæteriſque, qui hæredis loco ſunt, accommodat. Furti quoque manifeſti actio, quamvis ex ipſius prætoris juriſdictione proficiſcatur, tamen perpetuo datur. Abſurdum enim eſſe exiſtimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

Prætoris intra annum erat imperium] Prætores in annum creabantur. Liv. 32. 27. Tac. *ann. 1.* Prætorum anniverſariorum edicta erant annua, quæ quiſque proponebat initio magiſtratus ſui ex lege Cornelia. Dio 36.

Quas bonorum poſſeſſori] Bonorum poſſeſſor & fideicommiſſarius Trebellianus prohæredes ſunt. Fabrot.

COM-

Commentarius.

1 *Rectène inter actiones prætorias numeretur fideicommiſſaria hæreditatis petitio?*

Ex *lege &c.*] Actiones, quæ ex lege, Senatuſve conſulto, aut ex principum conſtitutionibus proficiſcebantur, olim perpetuo ſolebant competere. Nimirum cùm legis & ſimilium juris conſtitutionum vis eſſet perpetua, conſentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec ſacræ conſtitutiones actionibus certos fines dederunt] Quod publicæ utilitatis cauſa conſtitutum eſt, ut litium aliquis eſſet finis, tamdemque aliquando poſſeſſores & debitores ſecuri forent, *arg. l. 1. de uſuc.*

Certos fines dederunt] Ut ſcilicet actiones triginta & ad ſummum quadraginta annorum præſcriptione excluderentur, *l. 3. & 4. C. de præſcr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod tempus nunc abuſivè perpetuum dicitur. Paucæ ſunt, quæ demum 40. annorum ſpatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, ſed uno dumtaxat caſu, videlicet cùm ipſe debitor hæreſve ejus obligatæ poſſeſſioni incumbunt, *l. 7. § 1. C. de præſcr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.* Nam extranei poſſeſſores bona fide poſſidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præſcriptionem opponere poſſunt, *l. 1. & 2. C. ſi adv. cred. præſc. d. l. 7. in pr. C. de præſcr. 30. ann.* Tuld. *ad d. tit.* Chriſtin. *vol. 4. deciſ.* 81. *num.* 9. quamquam & ubi bona fide poſſidetur, 30. annorum ſpatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit, *deciſ. Cur Holl.* 8. Ad hæc actiones omnes judicio ſemel incluſæ non niſi 40. annorum præſcriptione excluduntur, *d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*

Tam in rem] Actiones in rem non minus quàm actiones in perſonam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis ſpatio, id eſt, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem ſunt, ſimplici exceptione temporis decem annorum inter præſentes, viginti inter abſentes excluduntur, ſed propter poſſeſſionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei poſſeſſæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris juriſdictione pendent] Ait actiones, quæ ex juriſdictione prætoris veniunt, plerumque unum dumtaxat annum durare, & ſubjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiſcuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio ſi bona eſt, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, ſed ſemper anni ſpatio finiri; & credibile quoque eſt, initio nullas diuturniorem vim habuiſſe, quam habebat ipſum edictum, ex quo deſcendebant; ſed poſtea nonnullas cœpiſſe perpetuo competere, poſtquam non tam prætorem quàm præturam ſpectari placuit atque ex edictis, maximè quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. Aſcon. *in orat. Cic. pro Corn. Balbo*. & Auguſtin. *de legib. pop. Ro.*

Aliquando in perpetuum extenduntur] Immo ſæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei perſecutionem continent, veluti Publiciana, de conſtituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, inſtitoria, de peculio, &c. perpetuæ ſunt, id eſt, 30. annos durant, niſi ſit, quæ reſcindat quod jure civili ratum eſt, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum poſſeſſori cæteriſque, qui hæredis loco] Significat duas haſce in rem actiones de univerſitate, poſſeſſoriam hæreditatis petitionem, & fideicommiſſariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait eſſe perpetuas, licet jure prætorio conſtitutæ ſint. Perpetuas eſſe conſtat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum poſſeſſoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poſſ. hær. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus 1
ex fidei commiſſo reſtituta eſt hæreditas, non videtur eſſe juris prætorii, ſed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus ſunt ex Senatuſconſulto. Niſi diſtinguendum putamus inter petitionem hæreditatis, & actiones hæreditarias, *arg. l. 2. de fid. hær. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in ſpecie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommiſſariæ, non ut actioni prætoriæ, ſed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatuſconſulto Trebelliano. Nam minimè novum eſt, ut hoc ſenſu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ poſtea acceſſerunt, puta Senatuſconſultis aut principum conſtitutionibus, *§. 4. & 6. ſup. de fideic. hæred. §. 3. ſup. de teſtam. ord.* Vinn. Sed procul dubio JCtus, quem hìc Tribonianus exſcripſit, non ignoravit, fideicommiſſariam hæreditatis petitionem eſſe actionem prætoriam. Quamvis enim fideicommiſſa ex moribus ſint, vel ex SCto, non tamen ſequitur, ut vel mores, vel SCtum etiam actionem dederint fideicommiſſario ad petendam à tertio hæreditatem. Immo legibus conſentaneum non erat, hæreditatem ab eo peti, qui ſtricto jure non ſit hæres. Prætor itaque hìc adjuvit jus civile & dedit fideicommiſſariam hæreditatis petitionem. Quin non dubito, prætores fideicommiſſarias hanc actionem in albo ſuo propoſuiſſe. Nec obſcurè hanc actionem prætoriam eſſe docet JCtus, dum eam hæreditatis petitioni civili opponit in *l. 2. ff. de fideic. hær. pet.* Hein.

Furti quoque manifeſti actio] Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantùm intra annum dantur, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Excipitur actio furti manifeſti, quæ, quamvis & ipſa prætoria ſit & pœnalis, perpetua tamen eſt. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifeſtis conſtituit, ſed eam, quæ ex lege 12. tabb. conſtituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *ſup. §. pœna. 5. de obl. quæ ex del.* Actio quo-

que

que de furto aut damno in navi, caupona aut ſtabulo facto, item actio adverſus publicanos, quamvis & hæ prætoriæ ſunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. §. ult. naut. caup. ſtab. l. ſed & hi. 13. §. ult. de publican.* Judicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur, *l. 12. C. ad leg. Corn. de falſ.* Sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

De actionibus, quæ in hæredes tranſeunt, vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipſo jure competunt, aut à prætore dantur, & in hæredem æquè competunt, aut dari ſolent. Eſt enim certiſſima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujuſmodi actiones competunt, nec denegantur: excepta injuriarum actione, & ſi qua alia ſimilis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cum teſtator doloſè verſatus ſit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas ſupra diximus, ſi ab ipſis principalibus perſonis fuerint conteſtatæ, & hæredibus dantur, & contra hæredes tranſeunt.*

NOTÆ.

1. *Aut ipſo jure*] Id eſt, jure civili, ut §. 10. *ſup. de act. l. 9. §. 1. uſusfr. quem cav.* Theoph. ἡ ἀπὸ τοῦ πολιτικοῦ.

Excepta injuriarum actione] Quia vindictæ magis, quàm pecuniæ perſecutionem habet, *l. 2. §. 4. de collat.*

Aliquando ex contractu actio, &c.] Senſus hic eſſe videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adverſus hæredem non dari, cùm teſtator doloſè verſatus eſt, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De depoſito miſerabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. §. 1. depoſ.*

Fuerint conteſtatæ] *l. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo eſt, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. 11. de pecul.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes, quæ rei perſecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam ſi quæ ex edicto.*
2 *Oſtenditur perſpicuè, condictionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in ſolidum.*
3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius perſequantur, quàm quod abeſt.*
5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cùm dentur hæredibus?*
6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur?*
7 *Quibus caſibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit?*
8 *Actiones omnes judicio incluſas perpetuari: & quid hic juris hodie?*

Actionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, ſed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. Et hæ- 1
redibus & contra hæredes dantur, quæcumque rei tantùm perſequendæ cauſa comparatæ ſunt; niſi quod actio in rem tantummodo reſpectu poſſeſſionis in hæredem datur; quippe quæ poſſeſſorem ſemper ſequitur, *l. ſi in rem. 42. de rei vind. l. actionum. 25. de obl. & act.* Dum autem actio præter rei perſecutionem nihil contineat, non diſtinguimus in propoſito, utrum ea ſit ex contractu, an ex maleficio: ſed utroque caſu non minus in hæredes, quàm hæredibus actionem dari contendimus; & quidem in hæredes in ſolidum; hoc enim ſemper intelligendum eſt, cùm ſimpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus, quæ ex contractu deſcendunt, res eſt expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hæred. act.* adeoque paſſim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque verſetur, in hæredes in ſolidum dari, *l. 7. §. 1. depoſ. l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur.* De iis verò, quæ rei perſecutoriæ ſunt ex delicto, quales eſſe conſtat conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. ſi mulier. 21. § pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique, an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, ſed an dentur contra hæredes in ſolidum. Nam hoc negat Cujac. *7. obſ. 37 & 13. obſ. 39.* Lyclam. *1. membran. 18. & lib. benedict. paſſim.* Ego ve- 2
rò exiſtimo, etiam his actionibus hæredem teneri in ſolidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones abſolutè dicuntur dari in hæredem, *l. 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult ſup. de obl. quæ ex del. l. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo, dari eas adverſus hæredem furis aut mulieris in ſolidum. Nam quotieſcumque actio ſimpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in ſolidum: cùm verò in ſolidum non datur, ſed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari ſimpliciter negatur: ut patet ex *l. Julianus. 16. de judic. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. ad l. Aquil. l. hæc actio. 13. de ſerv. corr. l. 9. §. 1. quod falſ. tut. l. 3. §. pen. ſi menſ. falſ. mod. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis. 35. de obl. & act. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem. 9. ſup. de leg. Aq. §. ult. de obl. quæ quaſi ex del. item hoc text. &* innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ ta-

earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ ſunt, *l.1.de privat.del.l.ſicut.38.l.pupillum.111.§.1.de reg.jur.l.inde Neratius.23.§.hanc actionem.8.ad leg.Aquil.& hoc text.l.pen.de op.nov.nunc.* Hinc enim evincitur, ſi quæ ſunt ex maleficio non pœnæ, ſed rei perſecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria ſunt conſequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, ſed rem perſequuntur, ut jam probavimus. Et ſecundum hæc Imperator in *§.his autem.9.ſup.de leg.Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem tranſire, non quia ex delicto eſt, ſed quia pœnalis, addens, tranſituram eam fuiſſe, ſi ultra damnum datum nunquam lis æſtimaretur. Dicitur ſanè nonnunquam, actiones ex delicto venientes adverſus hæredes non dari, niſi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *l.un.C.ex del.def.* Sed quid prohibet hujuſmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere ſemper fit, conceptas ſic accipere, ſi agatur de eo, quod defunctus deliquit, id eſt ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, ſed tantùm de eo, quod ex patrimonio nobis abeſt, nec quicquam amplius perſequuntur, *l.7.§.2.de cond.furt.l.ſi mulier.21.§.pen.de act.rer.am.* Jam verò ob hoc ſolùm actio pœnalis non habetur, quod conſtituta eſt adverſus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, niſi & factum puniat, & in dolum concepta ſit, *l.9.§.1.quod falſ.tut.* de quo amplius poſtea. Poſtremo movet me locus expreſſus in *l.9.de cond.furt.* ubi diſertè J. C. ait, in condictione ex cauſa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, ſed in ſolidum teneri: ſi verò plures ſint hæredes, ſingulos pro partibus hæreditariis. Quod ſi hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cùm apertè teſtetur Paulus, in *l.6.§.item hæres.4.de act.rer.am.* ex cauſa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine ex cauſa furtiva; ac proinde quod reſcribunt Impp. in *l.ult.C.rer.amot.* actionem rerum amotarum adverſus hæredes dari non in ſolidum, ſed in quantum ad eos pervenit, neceſſario ſic accipiendum eſt, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis: ut ſi plures ſint hæredes, non ſinguli in ſolidum teneantur, ſed univerſi, ſinguli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt; ſecund. *d.l.9.de cond.furt.* aut ſi eum Ant. Fabro.4.*conj.*1. de rebus amotis reſcriptum intelligi volumus, ſupponendum erit, totum ad hæredes perveniſſe, non ad unum aliquem, ſed ad ſingulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus, neque adverſus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus eſt ut accedamus.

Aut ipſo jure] Ipſo jure aliquando idem valet, quod jure ſolo, ſine aliquo facto noſtro, veluti cùm ſui hæredes dicuntur ipſo jure hæredes exiſtere: aliquando idem quod jure civili, non jure prætorio, ut in *§.actiones.10.ſup.de act.l.9.§.1.uſufr.qu.cav.& hoc loc.* Itaque ipſum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales] Actiones ex maleficiis
pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non
competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, ut & ali-
bi regula concepta eſt, *l.1.de priv.del.l.ſicut.38.*
l.pupillum.111.§.1.de reg.jur. Quid ergo ſi qua
ſit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris eſſe 3
evincit actio depoſiti miſerabilis, quæ in eum,
qui tumultus, incendii, ruinæ, naufragii cauſa de-
poſitum inficiatur, in duplum conſtituta eſt, in
hæredem verò ex dolo defuncti in ſimplum, *l.1.*
§.1.l.de eo.18.depoſ. Planè huc non pertinet actio,
qua petitur pœna conventione promiſſa: nam
pœnam ſtipulamur loco ejus, quod intereſt, *§.ult.*
ſup.de verb.obl. vid. *§.ſequens.16.ſup.de act.* Ex-
cludit autem regula eas, quæ ſunt ex maleficio
rei perſecutoriæ, quas etiam adverſus hæredes
dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum 4
non eſt, eſſe quaſdam actiones, quæ pœnales ha-
bentur, quamvis nihil amplius quàm quod abeſt,
perſequantur, de quibus hæc notio tenenda.
Quoties actio factum punit & in dolum conce-
pta eſt, conſtituiturque adverſus eum, ad quem
ex dolo res non pervenit, quamvis propoſita ſit ei,
cui eo facto quid abeſt, atque ita à parte actoris
rei perſecutionem contineat; pœnalis tamen ha-
betur ob vindictam delicti, quam eo amplius per-
ſequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l.*
9.§.1.quod falſ.tut. Talis eſt actio de dolo, *l.*
in hæredem.26.de dol.mal. item ea, quæ adver-
ſus falſum tutorem datur, *d.l.9.§.1.quod falſ.tut.*
Talis quoque eſt adverſus menſorem; qui falſum
modum dixit, *l.3.§.pen.ſi menſ.falſ.mod.* item quæ
proponuntur in *l.7.§.ult.de trib.act.l.1.§.*
ult.ne vis fiat ei, qui in poſſ.miſſ.l.1.§.ult.
de eo per quem fact.erit, quomin.quis in jud.l.
pen.§.1.ne quis eum, qui in jus voc.l.4.in fin.
l.6.& 7.de alien.jud.mut.ca. ubi actio in fa-
ctum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei per-
ſecutionem; nimirum quia actor per eam id tan-
tùm quod ſibi abeſt, perſequitur: à parte au-
tem rei revera pœnalis eſt, quia factum punit, &
in dolum concepta eſt. At cùm hæres in univer- 5
ſum jus defuncti ſuccedat, & regulariter tam in
incommoda, quàm in commoda, quæ ratio eſt,
quod in propoſito tantùm commodum actionum
pœnalium ad hæredes tranſire placet, incommo-
dum autem earum ad eos non pertinere? Nimi-
rum quia æquum viſum eſt, pœnam ex hac ſucceſ-
ſione excipere, ne ibi pœna ſit, ubi noxa non eſt,
l.pen.de op.nov.nunc.l.ſicut.38.de reg.jur.l.ſan-
cimus 22.C.de pœn. Illud æquiſſima ratione pla-
cuit, turpia lucra etiam hæredibus eſſe extor-
quenda; ideoque actiones, quamvis pœnales,
eatenus ſaltem in hæredes dandas eſſe, quatenus
ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum ſen-
tiant, *l.5.de calumn.l.16.§.ult.& l.ſeq.quod met.*
cau.l.in hæredem.26.de dol.l.un.C.ex del.def.
cum ſimilib.

Digitized by Google

6 *Excepta injuriarum actione*] Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum. 13. in pr. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet eum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium eſt, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno ſarciendo, ſed de contumelia vindicanda agitur, *l. 7. §. 1. eod.* quam vindictam, ſi injuriam paſſus lite non inſtituta deceſſerit, tacitè remiſiſſe intelligitur: de quo dixi ad *§. ult. ſup. de injur.* & hinc eſt, quod actio injuriarum in bonis noſtris non computatur, antequam litem conteſtemur, *l. injuriarum. 28. eod.*

Si qua alia ſimilis] Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri poteſt querela inofficioſi teſtamenti: nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quaſi ulciſcitur. *Nov. 115. cap. 5.* & non niſi præparata ad hæredes tranſit, *l. 6. §. ult. cum l. ſeq. de inoff. teſt.*

Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem
7 *non competit*] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt, & in dolum conceptæ ſunt: quales ſunt actiones in factum adverſus falſum tutorem, & adverſus menſorem, qui falſum modum dixit; item actio tributoria, quæ dolum malum domini coercet maleficioſè in diſtribuendo verſati: nam hæ actiones licet ex contractu ſint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, niſi de eo quod ad eum pervenit, *l. 9. §. 1. quod falſ. tut. l. 3. §. pen. ſi menſ. falſ. mod. l. 7. §. ult. de trib. act.* Alias ex contractibus ſucceſſores ex dolo eorum, quibus ſucceſſerunt, non tantùm in id, quod pervenit, ſed in ſolidum tenentur, *l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. depoſ.* ubi Juriſconſultus cùm dixiſſet, actionem depoſiti ex dolo defuncti in ſolidum in hæredem dari, hanc rationem ſubjicit, *quamquam enim*, inquit, *alias ex dolo defuncti non ſolemus teneri, niſi pro ea parte, quæ ad nos pervenit: tamen hic dolus ex contractu reique perſecutione deſcendit, ideoque in ſolidum hæres tenetur; plures verò pro ea parte, qua quiſque hæres eſt:* qui locus ſententiam noſtram mirè confirmat. Ex his autem apparet, inſigniter errare Theophilum, qui pro exemplo adducit actionem depoſiti, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, ſi nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expreſſos textus. Nec excuſari poteſt hoc obtentu, quod intellexerit actionem depoſiti miſerabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etſi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in ſolidum tamen: quoniam utique ſimplum ſolidum eſt, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18. depoſ.*

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorumdam Codicum delendam cenſent: quod mihi non videtur neceſſarium, cùm & retenta ea conſtet, & recta ſit loci ſententia.

Fuerint conteſtatæ] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, ſi ſemel incluſæ judicio fuerunt, quod fit litis conteſtatione; ſalvæ permanent, *l. omnes. 139. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea que in hæredes rei non dantur, licet activè tranſeant: at lite conteſtata & activè tranſeunt & paſſivè, *l. omnes. 26. l. ſciendum. 58. de obl. & act. l. pœnalia 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo eſt, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. idem ſcribit. 11. de pecul.* Poſtea conſtitutionibus placuit, pœnæ perſecutionem tranſmitti, ſi modo reus vivus conventus fuerit, quaſi lite cum eo conteſtata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ ſunt, ſi injuriarum actionem excipias: quoniam, ut ſæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamſi lis à defuncto conteſtata non ſit, tenetur non in id tantùm, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, ſecundum ſcita juris civilis, ſed damnum à defuncto datum ſarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum eſſet, *cap. in literis. 5. de rapt. cap. ult. de ſepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Jo. Fab. *hic.* Covar. *lib. 3. reſ. 3. n. 7.* Imbert *in enchirid.* Papon. *lib. 24. arreſt. tit. 11. arreſt. 3. & ult.* De quo plura Chriſtin. *vol. 3. deciſ. 22. num. 2. & ſeqq.* add. Groenevv. *de ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hæred.*

TEXTUS.

Si pendente judicio reus actori ſatisfecerit.

2. *Supereſt, ut admoneamus, quod ſi ante rem judicatam is, cum quo actum eſt, ſatisfaciat actori, officio judicis convenit eum abſolvere; licet in ea cauſa fuiſset judicii accipiendi tempore, ut damnari deberet; & hoc eſt, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia abſolutoria eſse.*

NOTÆ.

2. *Convenit eum abſolvere*] Quod Theoph. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alii, *officio judicis convenire, ut etiam ſententia ſua eum abſolvat*: quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re jud.* & reo utilius eſt propter exceptionem rei judicatæ.

Omnia judicia abſolutoria] Locus ſingularis.

COMMENTARIUS.

QUemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoſcentem & paratum ſolvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad ſolvendam pecuniam,

Digitized by Google

niam, *l. ſi debitori. 21. de judic. ex judicat. 17. jud. ſolv.* ita etiam æquum eſt audiri eum, qui poſt acceptum judicium ante rem judicatam ſatisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum eſt, & in quod alias fieret condemnatio. *fac. l. ſi reus. 73. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. ult. quæ in fraud. cred.*

Eum abſolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut ſimpliciter reus ſatisfaciens dimittendus ſit ab inſtantia, & liberandus moleſtiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut abſolvendus ſit etiam ſententia judicis; quod poſterius & rationi juris magis convenire videtur, cùm judici incumbat aut damnare reum, aut abſolvere, *l. 1. de re jud.* & reo longè utilius eſt, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

Titulus Decimustertius.

DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

Ratio diſpoſitionis. Omnem reum ad defenſionem ſuam vel inficiatione uti, vel depulſione: & quid utraque. Quid ſit exceptio: unde hoc nomen natum: & alia obſervatu digna.

Quicquid in judicium deducitur, aut actio eſt, aut exceptio: actio à parte actoris, cujus in omni judicio ſunt partes primæ; exceptio à parte rei, cujus ſunt ſecundæ. De actionibus hactenus quæſitum eſt; de exceptionibus adhuc cognoſcendum: & quidem de his ſolis, nam præter has, ſi ab actione diſceſſeris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus ſit, ad defenſionem ſuam aut inficiatione utitur, aut depulſione. Inficiatio eſt, cùm negat, ullam actori eſſe actionem de eo, quod petitur. Ea verò aut ſimplex eſt, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cùm reus ſimpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, ſib datam eſſe. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cùm confitetur quidem actionem aliquando actori competiiſſe, ſed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto poſtea amiſſam: exempli gratia: ſi actorem, dicat ideo agere non poſſe, quia actio ipſo jure ſublata ſit, puta ſolutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantùm quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id eſt, ſolùm tractatur in judicio, an verum ſit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo oppoſitæ diſputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, ſimpliciter abſolvitur. Covar. *in c. poſſeſſor. mal. fidei. 2 de reg. jur. in 6. p. 1. relect. init. n. 5.* Vveſ *par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in judicium deducitur, ac proinde à reo probanda eſt, *l. 1 C. de prob.* ſed deducitur per conſequentiam dumtaxat: principaliter enim eo ſpectat, ut oſtendatur, verè negare reum, actionem actori competere. Depulſio eſt, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quàm in facto ea defenſione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defenſio in uſu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortaſſis nonnihil lucis etiam inde ſibi ad hæc melius intelligenda ſumere. Exceptio igitur eſt defenſio rei, quæ actioni, alioqui jure conſtitutæ, oppoſita, hanc ipſam æquitatis ratione excludit: hìc in *pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. h. tit.* Exceptio omnis rectè defenſio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum cauſa, *h. t. in pr.* At non omnis defenſio exceptio eſt, ſed ea tantùm, quæ actionem jure conſtitutam repellit. Quæ verò allegationes oſtendunt actionem ipſo jure ſublatam eſſe, veluti tùm debitor ſolutionem allegat, defenſiones dici poſſunt, exceptiones non poſſunt. Pugnantia ſunt Juriſconſultis, liberari ipſo jure, & liberari per exceptionem, *l. qui ſervum 34. §. 1. de oblig. & act.* quamquam uſu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defenſio, quæ modo agentis intentionem repellit ſive juris ſive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias eſſe juris tradunt, alias facti & intentionis. Mynſ. *ad rubr. hic. n. 12.* Greg. Tholoſ. *21. ſynt. 17. n. 5.* vid. Covar. *d. loc. n. . & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, ſi exceptio actioni opponatur; unde paſſim legimus, exceptionem opponi, objici, obſtare, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defenſio exceptionis in facto rei poſita eſt, omiſſa ad liberationem reo non prodeſt. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula judicii, quod ſub exceptione dabatur; ſic enim prætor ſubjiciebat, *niſi, ſi non, extra quam ſi*, illud aut illud factum erit, aut ſi quæ particulæ eamdem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. exceptio. 22. h. t.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione ſumpta eſt, ſicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & utendi modo. Vid. Duar. *ad l. 7. §. 2. de pact.* Cujac. *5. obſ. 34.* P. Fab. *ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præſcriptio dicta: & inde Græcis παραγραφή. *l. pen. hoc t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. judicati. 29. de exc. rei jud. l. ſi debitor. 91. de ſolut.* cùm ſimilibus: de cujus verbi ratione conſ. Alc. *de quinq. ped. præſcr.* Don. *in rubr. C. h. t. num. 15.* Rævard. *1. de præjud. 8.* Pet. Fab. *1. ſemeſtr. 21.*

Digitized by Google

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

Sequitur, ut de exceptionibus diſpiciamus. Comparatæ autem ſunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut licet ipſa perſecutio, qua exactor experitur, juſta ſit, tamen iniqua ſit adverſus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

Vt de exceptionibus] Exceptio eſt defenſio rei, quæ actioni, alioquin jure conſtitutæ, oppoſita, hanc ipſam æquitatis ratione excludit, *l. 2 h. t.* alias præſcriptio dicitur, *l. 8. C. tit. 35.* Græcis [illegible].

Juſta ſit] Inſpecta ſcil. ſtricta ratione, & rigore juris: iniqua autem, inſpecta ſumma ratione, & naturali æquitate. Quæ autem allegationes oſtendunt actionem ipſo jure ſublatam eſſe, veluti cùm debitor ſolutionem allegat, exceptiones propriè non ſunt, ſed aliæ ſpecies defenſionum.

COMMENTARIUS.

D*Efendendorum eorum gratia*] Unde vulgo notant, exceptiones eſſe juris naturalis & gentium, cujus ſcilicet juris defenſio eſt, Vveſ. *par. hoc tit. num.* 8. Ob eamdem cauſam nonnulli cenſent, verbum excipere translatum eſſe ab armis militaribus ad forenſia, puta, clypeo aut ſcuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non male fortaſſis, ſed non ex uſu auctorum juris.

Ipſa perſecutio juſta ſit] Non continuo, ſi actio juſta ſit, id eſt, ipſo jure comparata, ſeu ſummo jure conſtituta, juſta eſt in eum, quo cum agitur: verbi gratia, ſi quis dolo inductus ſtipulanti promiſerit, is quidem ſubtilitate juris ex promiſſione ſua obligatur: ſed quoniam per machinationem adverſarii obligatus eſt, iniquum eſt, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei propoſita eſt, ne cui dolus ſuus per occaſionem juris civilis contra naturalem æquitatem proſit, *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod ſi nulla ſubſit actio jure civili conſtituta, vel quia reus dicit, nullam umquam actori competiiſſe, vel eam quæ fuit, ipſo jure ſublatam, hæc allegatio exceptio propriè non eſt, ſed alia ſpecies defenſionis, ut jam ante oſtendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus cauſa, de dolo, & in factum.

1. *Verbi gratia, ſi metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus ſtipulanti Titio promiſiſti, quod non debueras promittere, palam eſt, jure civili te obligatum eſſe, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax eſt: ſed iniquum eſt, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus cauſa, aut doli mali, aut in factum, compoſita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

1. *Jure civili te obligatum*] Id eſt, ſubtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metuſve adhibitus non impedit, quominus actio naſcatur, *l. 5. C. de inut. ſtip.* Verum enim utique eſt, alterum ſtipulatum eſſe, & te promiſiſſe, atque ita contractam verborum obligationem.

Datur tibi exceptio] *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inſpecto inanis efficitur actio oppoſita exceptione, *l. 102. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur qui metu coactus promiſit, ipſo jure obligetur?*
2 *Quæritur idem de eo, qui dolo inductus.*
3 *De quo genere erroris hic locus accipiendus?*
4 *Exceptio in factum qualis, & unde?*

ILluſtrat exemplis, quod dixit ſæpe accidere, ut actio, qua quis experitur, ſummo jure teneat, ſed iniqua ſit adverſus eum, cum quo agitur. In univerſum autem id accidit dupliciter, vel quia jam à principio iniqua eſt, vel quia poſtea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantùm ſuperſit ſolius vinculum juris civilis, quod quidem ita nos aſtringit, ut ſummo jure in nos ſit actio, ſed quæ propter defectum æquitatis ſit inefficax ad condemnationem, ſi exceptio opponatur.

Metu coactus] Qui metu coactus aliquid pro- 1
mittit, ipſo jure obligatur propter conſenſum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen eſt, *l. ſi mulier. 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium ſit, an involuntarium, ex eo tempore æſtimatur, quo geritur. Jam verò illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, reſpectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea conſideratione objectum eſt voluntatis: de quo conſ. Ariſt. 3. *eth.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non poteſt ob defectum vinculi æquitatis: quoniam conſenſus & voluntas iſta non fuit libera; neque promiſiſſet aut voluiſſet extra metum majoris mali poſitus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur, vim atque metum conſenſui eſſe contrarium, *l. nihil. 116. de reg. jur. cum ſimil.* VINN. At non eſſe genuinam hanc rationem, vel inde patet, quod promiſſa vi juſta, à magiſtratu e. g. extorta, obligant. *l. 3. §. 1. & l. 21. ff. quod met. cauſſ. geſt. l. 29. §. pen. ff. ad L. Aquil.* quum tamen & hic voluntas non ſit libera. Potius itaque hujus juris ratio arceſſenda eſt ab eo, quod omne promiſſum ex parte alterius requirat acceptationem. Atqui qui vi injuſta extorquet promiſſum, omni acceptandi jure deſtituitur. Non itaque valet, quod ei promiſſum eſt. Ita rectè Puffendorff. de I. N. G. & C. *Lib. 3. c. 6. §. 10. & lib.*

Digitized by Google

*lib.*4.*c.*17. §. 8. quum contra Grot. *d.* J. *B.* & *P. lib.* 2. *cap.* 11. §. 7. hujuſmodi promiſſum validum exiſtimet. Hein.

Dolo inductus] Etiam qui dolo inductus ſtipulanti promiſit, quod alias non promiſiſſet, ſub-
2 tilitate juris obligatur: quia utique verum eſt, eum promiſiſſe: ſed & hæc obligatio naturalis æquitatis vinculo deſtituitur propter dolum & machinationem ſtipulatoris aliud agentis, aliud ſimulantis, *l. ſi quis.* 36. *de verb. obl. l.* 1. §. 2. *de dol. mal. exc.* Circa dolum qui cauſam contractui præbet, videlicet ſi quis in hoc circumſcriptus ſit, ut contraheret, cùm alias contracturus non fuiſſet, recepta fuit vulgaris diſtinctio inter contractus bonæ fidei & ſtricti juris, quod illi hoc caſu ipſo jure nullius momenti ſint, *arg. l.* 7. *in pr. de dol. l. in cauſæ.* 16. §. 1. *de minor.* hi ipſo jure ſubſiſtant, & actionem producant, ut proinde hìc ſemper excipiendum ſit, ſive dolus cauſam contractui dederit, ſive inciderit, *d. l. ſi quis.* 36. *de verb. obl. l.* 5. *C. de inut. ſtipul.* de quo prolixè Bachov. *diſp.* 6. *de act. theſ.* 17.

3 *Errore lapſus*] Quod hìc dicitur, etiam eum, qui errore inductus ſtipulanti promiſit, jure civili obligari, id non videtur convenire cum eo, quod paſſim traditur, eos qui errant, non conſentire, conſenſui nihil magis eſſe contrarium errore, *l. non conſentiunt.* 15. *de juriſd. l.* 2. *de judic.* Nam ſine conſenſu nullus contractus ac ne ſtipulatio quidem conſiſtit, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Reſp. Error non eſt unius generis. Si in perſona aut re promiſſa erratum ſit, cùm de alia ſtipulator, de alia promiſſor ſentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error conſenſum non habet. At error in cauſa promittendi, de quo hìc agitur, non omnino conſenſu deſtituitur, & ideo ſummo jure hìc naſcitur obligatio, *d. l. ſi quis.* 36. *de verb. obl. l. Julian.* 7. *de dol. mal. exc. vid. not. ad* §. *ſi de alia.* 22. *ſup. de inut. ſtip.*

Efficax eſt] Per ſe ſcilicet ac vi ſua, hoc eſt ſi pura eſſet, neque exceptione corrigeretur. Jam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem ſit ineſſicax, *l. nihil intereſt.* 112. *de reg. jur.*

Exceptio quod metus cauſa] Exceptio quod metus cauſa in rem ſcripta eſt, *ſi in ea re nihil metus cauſa factum eſt*: ut non inſpiciamus, an is, qui agit, metus cauſa fecerit; ſed an omnino metus cauſa factum ſit in ea re à quocumque, non tantùm ab eo, qui agit, *l.* 4. §. *pen. de dol. mal. exc.*

Aut doli mali] Exceptio doli mali perſonam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione ſpecialiter exprimendum eſt, de cujus dolo quis queratur, non in rem, ſi in ea re nihil dolo malo factum eſt: ſed ſic, *ſi in ea re nihil dolo malo actoris factum eſt*, *l.* 2. §. 1. *d. l.* 4. §. *pen. de exc. dol. mal.*

4 *In factum*] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere poteſt, ut error interveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari ſolent, ut illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipuè ſubſidiariæ, de quibus explicatum §. *ult. ſup. de leg. Aquil.* Et ſicut ob qualitatem perſonæ, quæ convenitur, in factum agendum; quo caſu adverſus alios eſt actio de dolo, *l. non debet.* 11. §. 1. *de dol.* ita agente hujuſmodi perſona, quo caſu adverſus alios exciperetur de dolo, in factum excipiendum eſt, *l.* 4. §. *adverſus.* 16. *de dol. exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, ſed ſpeciali, quæ naſcitur ex eadem cauſa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l.* 5. *C. de inut. ſtip.* ſive ut eſt in textu noſtro, ſi quis dolo inductus ſtipulanti promiſerit. Nam generalis exceptio doli, ſicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit; quoniam datur ex omni cauſa, ob quam id, quod petitur, exceptione elidi poteſt, quamvis inter initia nihil dolo factum ſit. Ut in ſumma exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occaſionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. & *generaliter.* 5. *l.* 4 §. *pen. l.* 7. *l.* 12. *de dol. exc. l. ſi quis.* 36. *de verb. obl. l.* 5. *C. de pact. cum ſimilib.*

Textus.

De non numerata pecunia.

2. *Idem juris eſt, ſi quis quaſi credendi cauſa pecuniam à te ſtipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere poſſe eum, certum eſt: dare enim te oportet, quum ex ſtipulatione tenearis. Sed quia iniquum eſt, eo nomine te condemnari, placet, exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere: cujus tempora nos (ſecundum quod jam ſuperioribus libris ſcriptum eſt) conſtitutione noſtra coarctavimus.*

Notæ.

2. *Cum ex ſtipulatione tenearis*] Igitur quod Paulus reſpondet, te nondum obligatum eſſe, *l.* 30. *de reb. cred.* de exitu intelligendum eſt, cùm habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ] *l.* 2 §. 3. *de dol. mal. exc.* Hinc patet, exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi poſſe, ſed etiam actioni ex ſtipulatu.

Commentarius.

Qui quaſi credituro ſtipulanti pecuniam ſpopondit, jure civili obligatus eſt: ſed adjuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l.* 2. §. 3. *in fin. de dol. exc.* ubi Ulp. ait, ei, qui crediturus pecuniam ſtipulatus eſt, nec credidit, etſi certa fuit cauſa ſtipulationis, quæ tamen aut non eſt ſecuta, aut finita eſt, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantùm actioni ex chirographo, ſed

Digitized by Google

etiam actioni ex ſtipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam ſæpe ſtipulari prius, deinde ſtipulationis implendæ cauſa adnumerare; qua ratione una ex ſtipulatu naſcebatur obligatio, *l. 6. §. 1. & l. ſeq. de nov.*

Cujus tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cùm antea quinquennis eſſet, à Juſtiniano biennis tantùm facta eſt, *ſup. tit. de lit. obl.* ubi fusè de hac exceptione diſſeruimus.

TEXTUS.

De pacto.

3. *Præterea debitor ſi pactus fuerit cum creditore, ne à ſe pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnino diſſolvuntur: qua de cauſa efficax eſt adverſus eum actio, quam actor intendit*, ſi paret, eum dare oportere: *ſed quia iniquum eſt, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

SPecies exceptionum, quæ præceſſerunt, jam à principio naſcuntur in re contrahenda: quæ ſequuntur, ex cauſa poſtea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet] Qui cum creditore pactus eſt, ne à ſe pecunia peteretur, is nihilominus ipſo jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non eſt, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ conſtituta eſt, ſive re, ſive verbis, ipſo jure tollere poteſt, *l. 7. §. ſed cum. 4. l. ſi unus. 27. §. 2. de pact. l. 5. l. 10. & l. 13. C. eod.* Planè nudi conſenſus obligatio, ubi res adhuc integra eſt, pacto convento tollitur etiam ipſo jure, *§. ult. ſup. quib. mod. toll. obl.* ubi ejus rei ratio à me expoſita eſt.

Sic quia iniquum eſt] Quamvis debitor, qui pactus eſt, ne à ſe pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu prætoris, qui vel actionem denegat, ſi de pacto conſtet; vel ſi non conſtet, addit exceptionem *extra quam ſi pactum ſit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, debitor abſolvitur, effectuque idem conſequitur, quòd liberati ipſo jure: eoque pertinet *l. nihil intereſt. 112. de reg. jur.*

TEXTUS.

De jurejurando.

4. *Æquè ſi debitor creditore deferente juraverit, nihil ſe dare oportere, adhuc obligatus permanet: ſed quia iniquum eſt de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æque neceſſariæ ſunt exceptiones; veluti ſi petitore deferente poſſeſſor juraverit, eam rem ſuam eſſe, & nihilominus petitor eamdem rem vindicet, licet enim verum ſit, quod intendit, ideſt, rem ejus eſſe; iniquum tamen eſt, poſſeſſorem condemnari.*

NOTÆ.

4. *Juraverit*] Aut cùm jurare paratus eſſet, remiſſum ei fuerit jusjurandum, *l. 9. §. 1. de jurejur.*

Juraverit rem ſuam eſſe] Aut petitoris non eſſe, *l. 3. §. 1. l. 11. pr. d. tit.*

COMMENTARIUS.

EXceptioni pacti conventi affinis eſt exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hìc quæritur, in ſe conventionem habet, propter quam non minus ſervatur, quàm propter religionem, *l. ſed & ſi. 25. & l. ſeq. in fin. de jurejur.*

Creditore deferente juraverit] Verbi edicti, quo prætor jusjurandum rei tuetur, hæc ſunt: *Si is, cum quo agetur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipſum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr.* junct. *l. 7. de jurejur.* Ait *conditione delata*, unde intelligimus, ſi reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem id jusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, ſe in eum, qui juraverit, actionem daturum, id ſic acceptum eſt, ut in re certa, ſi prætori conſtet reum prius conditione delata juraſſe, actio ſimpliciter denegetur: ſin autem de eo controverſia ſit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus ſit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium eſt jurisjurandi, ut nonnulli putant; ſed locum habet etiam in cauſis aliis, unde exceptiones naſcuntur. Perridiculè enim juberet prætor, de eo apud judicem quæri, quod ſibi exploratum & inter litigatores confeſſum eſt.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis, quàm pactum, modus eſt diſſolvendæ obligationis jure civili conſtitutæ: ſed tantùm naturalem obligationem tollit, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de ſol.*

Quia iniquum eſt de perjurio quæri] Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventione proficiſcitur, & ſpeciem tranſactionis continet, *l. 2. ſed & ſi. 25. & l. ſeq. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæſtio eſt, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente poſſeſſor juraverit] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, exceptione jurisjurandi, ſi petitor eamdem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. tit.* ſive juraverit rem ſuam eſſe, ſive petitoris non eſſe: quamquam hoc amplius ei, qui juravit, rem ſuam eſſe: amiſſa poſſeſſione etiam actio in factum

ctum

ctum datur ad rem recuperandam, ſi is, qui jusjurandum detulit, poſſeſſionem nactus eſt. Cæterum adverſus alium poſſeſſorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum eſt, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. *Item ſi judicio tecum actum fuerit, ſive in rem, ſive in perſonam, nihilominus obligatio durat; & ideo ipſo jure de eadem re poſtea adverſus te agi poteſt, ſed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.*

COMMENTARIUS.

NOn ut quiſque judicio abſolutus eſt, ita ſtatim & ipſo jure tollitur jus actoris. Quid enim ſi judex perperam pronuntiaverit? Tantùm propter auctoritatem rei judicatæ ſtatur ſententiæ, à qua appellatum non eſt: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica ſuaſit utilitas, alioqui nodus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 6. de exc. rei jud.* Comparata eſt autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei cauſa, qui ſententia judicis abſolutus eſt, ſive debitor ſit, ſive poſſeſſor: ei verò, contra quem judicatum eſt, hæc exceptio numquam datur, *l. evidenter. 16. eod* Cui non obſtat *l. 4. C. depoſ.* Nam qui in ſortem tantùm reum condemnat, vi ipſa de uſuris abſolvit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum eſt ad actionem in perſonam, quoniam in rem actio non deſcendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra uſum veterum, qui eo in vindicationibus numquam utuntur, laxius accepit. Theophilus videtur legiſſe, *actio durat*. Sic enim hunc locum convertit: *αἱ δὲ ἀγωγαὶ ἰσχύουσιν*, eaquè lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Chriſtoph. Riccius in *vindic. jur. præmeſſ.* c. 19. nullam equidem cauſam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obſtat, quàm ſi eadem quæſtio inter eaſdem perſonas revocetur, *l. 3. de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, ſi omnia ſint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem cauſa petendi, eademque conditio perſonarum; quæ qualia ſint, latè explicatur in *l. cum quæritur. 12. cum ſeqq. eod.*

TEXTUS.

De cæteris exceptionibus.

6. *Hæc exempli cauſa retuliſſe ſufficiat; alioqui quàm ex multis variiſque cauſis exceptiones neceſſariæ ſint, ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris intelligi poteſt.*

COMMENTARIUS.

JUſtinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque cauſas proximas, quæ multæ & variæ ſunt, ſingulatim recenſere: ſed celebrioribus tantùm exempli loco propoſitis, de reliquis jubet conſuli volumen *n. lib. D. 44. tit. 1. cum ſeqq.*

TEXTUS.

Diviſio prima.

7. *Quarum quædam ex legibus, vel iis quæ legis vicem obtinent, vel ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.*

NOTÆ.

7. *Ex prætoris juriſdictione*] Veluti quod metus cauſa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIUS.

HÆc exceptionum diviſio ſumpta eſt à cauſa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *ſup. de oblig.* & actionum, §. 3. *ſup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus propriè dictis deſcendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ eſſe ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent] Intelligit Principum conſtitutiones & Senatuſconſulta. Ex Principum conſtitutionibus ſunt exceptiones diviſionis & ordinis, item præſcriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fiſco vendita, *tit. C. de quadriennii præſcr.* quinquennii adverſus querelam inofficioſi teſtamenti: triginta annorum in actionibus perſonalibus, item in rebus, quæ uſucapi, aut longo tempore acquiri non poſſunt, *l. 3. & 4. C. de præſcr. trig. ann.* decem dierum in cauſa appellationis, &c. *auth. hodie. C. appel.* Ex Senatuſconſultis ſunt duæ, exceptio Senatuſconſulti Macedoniani de pecunia filiofam. credita, & exceptio Vellejani de interceſſione mulieris.

TEXTUS.

Diviſio ſecunda.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIUS.

QUarumdam exceptionum hæc vis eſt, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi poſſit: aliæ verò ad tempus tantùm nocent, & in id tempus dumtaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ ſunt perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Eſt igitur hæc diviſio ſumpta ab effectu.

TEXTUS.

De peremptoriis.

9\. *Perpetuæ & peremptoriæ ſunt, quæ ſemper agentibus obſtant, & ſemper rem, de qua agitur, perimunt: qualis eſt exceptio doli mali, & quod metus cauſa factum eſt, & pacti conventi, cùm iſta convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9\. *Doli mali*] Quamvis actio de dolo ſit temporalis. Differentiæ rationem indicat Paul. *l.* 4. §. *ult. de dol. mal. exc.*

Et pacti conventi] Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, tranſactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIUS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ?*
2 *Exceptio doli cur perpetua, cùm actio de dolo temporalis?*

Q*Væ ſemper agentibus obſtant, &c.*] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipſam & nomina indicant, hæc eſt, quod oppoſitæ & probatæ ſemper agentibus obſtent, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, *l.* 2. *C. de prec. imp. off.* Non enim actionem ſolùm, ſed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam ſi ſublata eſſet ipſo jure: ut non abs re ſcriptum ſit, nihil intereſſe, utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur: & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli poteſt, *l. nihil intereſt.* 112. *de reg. jur. l.* 3. §. 1. *de conſt. pec. l. qui exce-*
1 *ptionem.* 40. *de cond. ind.* Dictæ igitur ſunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacumque judicii parte opponi poſſunt, ut male DD. & Mynſ. *hic. num.* 2. nam & dilatoriæ quædam poſt litem conteſtatam objici poſſunt, ut poſtea oſtendemus: ſed à tempore, quo effectus propoſitarum durat; eoque ſenſu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ verè perpetua eſt. Bronch. 2. *miſc.* 52. Cajus ſic definit, *Perpetuæ atque peremptoriæ ſunt, quæ ſemper locum habent, nec evitari poſſunt, l.* 3. *hoc tit.* ſc. ſemel oppoſitæ.

2 *Exceptio doli mali*] Obiter hìc notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis naſcatur ex cauſa, ex qua actio nata eſſet temporalis, non ſolùm eo ſenſu perpetuam eſſe, quo diximus, ſed etiam lapſu temporis non interire; verbi cauſa, actio de dolo temporalis eſt, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in ſua poteſtate habet, quando jure ſuo utatur; at in rei poteſtate non eſt, quando conveniatur, *l.* 5. § *ult. de dol. exc.* Secus tamen eſt, cùm quis jus ſuum, intra certum tempus lege definitum, per modum actionis in judicio proponere poteſt; quia tunc illa ratio ceſſat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficioſi quinquennio finitur. Gomez. 1. *var. reſ.* 11. *num.* 20. Coſtal. in *l.* 8. §. *ſi filius.* 13. *de inoff. teſtam.*

Quod metus cauſa, &c.] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus cauſa, & pacti conventi perpetui, exempli tantùm cauſa proferuntur. Sunt enim longè plures exceptionum peremptoriarum ſpecies. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, tranſactionis: item non numeratæ pecuniæ, liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vindicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconſulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium ſententiarum, *l. un. C. ne lic. in un. ead. ca.* quam exceptionem hodie non attendunt ſuprema tribunalia. Mynſ. 1. *obſ.* 15. Gail. 1. *obſ.* 72. Chriſtin. *vol* 4. *dec.* 122. Imb. *lib.* 2. *inſt for.* Bugnion. *lib.* 1. *leg. abrog. art.* 253. denique præſcriptiones omnes, quæ reo ex tempore naſcuntur, & ſi quæ ſunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

TEXTUS.

De dilatoriis.

10\. *Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis eſt pacti conventi, cùm ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur; veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo iis, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia ſimilis, differre debent actionem, & poſt tempus agere. Ideo enim dilatoriæ iſtæ exceptiones appellantur. Alioqui ſi intra tempus egerint, objectaque ſit exceptio, neque eo judicio quicquam conſequebantur propter exceptionem, neque poſt tempus olim agere poterant, cùm temere rem in judicium deducebant & conſumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita ſtrictè hoc procedere volumus; ſed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre auſus ſit, Zenonianæ conſtitutioni ſubjacere cenſemus, quam ſacratiſſimus legiſlator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipſe actor ſponte indulſerit, vel quas natura actionis continet, ſi contempſerit, in duplum habeant ii, qui talem injuriam paſſi ſunt: & poſt eas finitas non aliter litem ſuſcipiant, niſi omnes expenſas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti temporalitium doceantur obſervare.*

COMMENTARIUS.

1 *Præſcriptio moratoria, & aliæ dilatoriarum numero.*

2 *Ex-*

2 *Exceptio excuſſionis an dilatoria?*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ ſunt, quæ ad tempus nocent,& in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt, *dilatoriæ*, quia ad tempus id faciunt, *temporales* appellantur. Cajus ſic eas definit: *Temporales atque dilatoriæ ſunt, quæ non ſemper locum habent, ſed evitari poſſunt. l. 3. h. t.*

Qualis eſt pacti conventi, cùm ita convenerit,
1 *&c.*] Hæc ab effectu appellari poteſt ſolutionis dilatoria. Cui ſimilis eſt præſcriptio moratoria à Principe impetrata, *l.2. & l.4.C. de prec. imp. off. l.in fraudem.45.§.fiſcalibus. 10. de jur. fiſc.* Solent enim principes humanitatis cauſa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum tei familiaris paſſi, ſpatium aliquod ad ſolvendum petunt, quo ſe interim tueantur adverſus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant litteras *ſalvi conductus, gratiæ, ſecuritatis*. Noſtrates, *Brie ven van atterminat oſtereſpyt.* Qua de re conſulendi Afflict. *deciſ. 377. & ſeq.* Sutd. *deciſ. 301. 307.322.*Boer.*deciſ.96.*Theſaur. *deciſ.186.*Rebuff. *de lit. dilat. art.1. gloſſ. 1.num. 9.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 70.& ſeq.* Kinſchot. *tract. de ſolut. induc.* Dilatoriarum numero ſunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l.2.§.ult.l.3.in fin.hoc tit. §. ult. inf. eod.* item præſcripriones fori, *l. ult. C. eod.* ut exceptio incompetentiæ, recuſationis judicis. Hæ ſunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriæ. Merul.*lib.4.diſt.4 ſect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones ſunt, quæ adverſus inhumanam ſolidi petitionem conceduntur, *l. 16. & ſeqq. de re jud. §. item ſi. 37. & ſeq.& §. ult. ſup. de act.* ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione, qua agitur, præjudicium fit tei majori, *tit. C. de ord. jud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obſcuri: item exceptio ſub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concetnit, peremptoriis annumerari poteſt. Chriſtin. *vol.4 deciſ.174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhoneſti, termini anguſti, feriarum, & ſimil. de quibus latè Zanger. *de except.part.2.* Pletique etiam exceptionem diviſionis dilatoriam eſſe ſtatuunt: ſed rectius alii ad peremptorias eam referunt. Sichard. *ad l. 10. C.de fidejuſſ.* Bronch. *2. miſc. 52.*
2 Zanger. *de exc.part.3.cap.19.* Exceptio quoque excuſſionis quibuſdam dilatoria eſt, quoniam ajunt, litem tantùm differt, non perimit, ſiquidem creditor excuſſo debitore poteſt redire ad fidejuſſorem ſine metu hujus exceptionis. *Auth præſente. C. de fidei.* Fachin *lib.8.cap.52.* Ant. Fab. *C. ſuo hoc tit.def.1.* Verùm ego & hanc ad claſſem peremptoriarum potius referendam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidejuſſorem attinet, ſi debitori ſolvendo eſſe reperiatur. Hoc verò ſufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. ſufficit. 56. de cond. ind.* D. Tuld. *comm.hìc.cap.6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi, aut alia ſimilis] Puta, quod 3
pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cùm obligatio ab initio in diem contracta eſt, ipſo jure actio ſtatim naſcitur, ut abunde probavimus ad *§.2.ſup.de verb.obl.* Sed præmature ſeu ante diem agens exceptione *cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebar, tempore plus debito petens, *l.2.§.qui ita 6.de eo quod cert.loc.l.un §.ult.quand.di uſusfr.leg.ced. l. liber. 118.§.1.de verb.obl.* cauſæ amiſſione mulctabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, *§. ſi quid agens. 33 ſup.de act.* Cæterum ex conſtitutione Zenonis confirmata à Juſtiniano actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem conſumit, ſed hanc pœnam ſuffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iiſque finitis non ante audiatur, quàm ſumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text.in calce.* Quid hodie juris ſit, expoſui ad *d. §. ſi quis agens. 33. de act.*

TEXTUS.

De dilatoriis ex perſona.

II. *Præterea etiam ex perſona ſunt dilatoriæ exceptiones, quales ſunt procuratoriæ, veluti ſi per militem aut mulierem agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex ſacro reſcripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis verò negotiis ſupereſſe ſine offenſa militaris diſciplinæ poſſunt. Eas verò exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipſius procuratoris opponebantur; cùm in judiciis frequentari nullo modo perſpeximus, conquieſcere ſancimus; ne dum de his altercatur, ipſius negotii diſceptatio protelletur.*

COMMENTARIUS.

1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione objecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex?*
3 *Liceatne pluribus exceptionibus ejuſdem rei nomine ſimul uti?*
4 *Vſus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei judiciis: in his conteſtationem earum non fuiſſe neceſſariam.*
5 *In ſtrictis judiciis initio litis conteſtandas.*
6 *Quid ex interpretum ſententia hìc receptum?*
7 *Vis exceptionum rei judicatæ, jurisjurandi, & tranſactionis.*
8 *Exceptiones juris etiam non conteſtatas uſque ad ſententiam allegari poſſe.*
9 *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei judicatæ?*

Digitized by Google

10 *Vſus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, diſceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipiendæ?*

11 *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam poſt ſententiam rectè opponuntur?*

12 *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa uſum exceptionum.*

1 EXceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipſum & cauſam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præſcriptio moratoria, &c. Quædam conſtitutionem judicii. Atque ex his quædam perſonam judicis, ut exceptio ſuſpecti, & exceptio præventionis, de qua in *l.7.de jud.* item ea, quæ ſpecialiter dicitur exceptio incompetentiæ, ſi videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in perſonam, cum qua agitur, juriſdictio non eſt. Quædam perſonam adverſarii, puta quod idoneam perſonam ſtandi in judicio non habet, *tit.C. de his qui perſ.legit.&c.* Quædam perſonam procuratorum, vel quia procuratores non ſunt, vel quia procuratores eſſe non poſſunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Sed nec incommodè quis dixerit, dilatorias omnes comparatas eſſe adverſus quamcunique perverſam judicii inſtitutionem; ſive quia perſona judicis, aut adverſarii, aut procuratoris, idonea non eſt ad judicium exercendum; ſive quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori cauſæ præjudicium fiat; & generaliter quæcumque judicium transferunt, vel commutant in alias perſonas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes & judicii commutationes.

Quales ſunt procuratoriæ] Exceptiones procuratoriæ ex perſona dilatoriæ ſunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorſus inficiatur litem, ſed perſo-
2 nam evitat, *l.2.in fin.hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex eſt: nam aut omnino procurator eſſe negatur, veluti ſi dicatur mandatum non habere, *l.inter quos.39.§.pen. de damn.inf. licet. 24. C. de proc.* aut à pupillo ſine auctoritate tutoris conſtitutus, *l.in exceptionibus.19.§.2.de prob.* aut eſſe non poſſe contenditur, veluti ſi miles ſit, aut mulier: cujuſmodi exceptionum vix ullus hodie uſus eſt, ut liquet ex iis, quæ *ſup. ad §.1. de iis per quos ag.*

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l.1.de reg.jur l.1.de poſtul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defenſorio nomine ſuſcipere poſſunt, *l.neque fœminæ.54.de proc. l.alienum.18.C.eod.* ubi Impp. ajunt, alienam ſuſcipere defenſionem virile eſſe officium, & ultra ſexum muliebrem. Planè alias actiones in rem ſuam & proprium lucrum ſibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

Militibus nec pro patre] Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis reſcriptum impetraverint, procuratores eſſe poſſunt, *l.8.§. 2. de proc. l. 7. C. eod.*

Suis negotiis] *l.9.C. de proc.* ubi Imp. militibus non tantùm ſuas cauſas agere, verùm etiam ſi in rem ſuam procuratores conſtituti ſint, alienas actiones perſequi permittit.

Propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores eſſe, neque procuratorem dari potuiſſe, quamquam per ſe agere poterant. Juſtinianus autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quieſcere jubet. Utique ubi de infamia non apertè conſtat, & ob id diſceptatio negotii protelanda. Operæ pretium facturus videor, ſi hìc aliquid ſubjecero de
3 recto uſu exceptionum exercendarum. De eo duplex fere quæſtio eſt, una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæſitum, liceatne pluribus exceptionibus ejuſdem rei nomine ſimul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum conſtat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diverſis, modo ne ſe invicem deſtruant, eodem tempore uti poſſit, hoc effectu ut, ſi in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l. 5. l.8.hoc tit. l.nemo.43 de reg.jur. cap. nullus. o.eod. in 6.* DD.comm. in *d.l.8.* Zaſ. *ibid. num.4.* Covar. *1.var.reſ.2.num.2.* Differentiæ ratio eſt, quod agere actori liberum eſt, defendere reo non item. Non iniquum in actore laceſſendi libertatem uno genere armorum circumſcribere: reo verò, cui non ſemper ſui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma ſuppeditare huma-
4 num eſt. De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis neceſſe non eſſet exceptionem initio litis conteſtari, ſed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obſtat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum eſt, excedere poteſtatem judicis non poſſe: nam in bonæ fidei judiciis verba ipſa judicii dari exceptionem tacitam includunt, cùm in his jubeatur judex judicare ex æquo & bono: idque veteres ſignificant, cùm ajunt, exceptiones ineſſe bonæ fidei judiciis, his contineri; etſi non excipiatur, ſatis tamen per officium judicis conſuli, *l.3.de reſc vend. l.hujuſmodi.84.§.qui ſervum.5.de legat.1. l.planè.38.*
5 *l.ult.de hær.pet.* In ſtrictis verò judiciis exceptionem in principio litis nominatim conteſtari neceſſe erat, & vel à reo agnoſcente intentionem actoris ſtatim probari, vel à dubitante tantiſper omiſſam, donec actor intentionem ſuam probaſſet, antequam ſententia ferretur, ad diſceptationem opponi. Textus clari in *l.9.C.de præſc. long. temp. l.8.& l.9.C.hoc tit.* Cæterum non conteſtatam poſtea objicere, nego pro arbitrio licuiſſe. Cujus ego rei fortiſſimum hoc argumentum habeo. Certum eſt, ultra id, quod in judicium deductum eſt, judicis poteſtatem non excedere, *l.18. comm. div.* Atqui in ſtrictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi poteſt, de quo lis non

apertè

Digitized by Google

apertè conteſtata ſit. Nam ſive veterum judicio-
rum rationem conſiderare volumus, palam eſt,
exceptiones in jure apud prætorem proponi de-
buiſſe, qui deinde formulæ eas includebat, ſive
mutatam poſtea judiciorum formam, conſtat
eamdem judicis poteſtatem manſiſſe liberam in
bonæ fidei judiciis, in contrariis adſtrictam iis
rebus, quæ nominatim in judicium deductæ ſunt,
ut proinde in his nihilominus neceſſe fuerit ex-
ceptionem in exordio litis conteſtari. Atque ita
ſæpiſſime reſcriptum eſt, poſtquam jam à Diocl.
l.2. C.de ped. jud. ſublata eſſet judicis dandi licen-
tia, *l.8. l.9. C. hoc tit. l.9. de præſcr. long. temp.*
Quibus non obſtat *l.2. C.ſent. reſc. non poſſ.* Nam
omiſſas ibid. ex *d. l.8. & 9. hoc tit.* accipere debe-
mus, non quarum nulla mentio initio facta, ſed
quæ conteſtatæ poſtea omiſſæ, id eſt, dilatæ ſunt
ad probationem & diſceptationem. Don. ad *d.
l.8. num.7.* Gudelin. *lib.4. c.8.* Vinn. Rectiſſi-
mè ſe habet hæc Vinnii obſervatio. Nam in ju-
diciis ſtricti juris exceptio erat inſerenda formu-
læ, alioquin ejus rationem habere non poterat
judex, e.g. *Si paret, Cajum Titio centum debe-
re, tu eum in centum condemna, ni pactum ſit.*
Et inde eſt, quod Tribunorum plebis implorari
poſſet auxilium, ſi in formula omitteret exce-
ptionem. Cic. *Quæſt. Acad.* 4. 30. Eo rigore non
opus erat in actionibus bonæ fidei, quia illis ex-
ceptiones ineſſe credebantur. Et hinc judex ea-
rum rationem habebat extra formulam. Inde
jam facile patet in judiciis ſtricti juris exceptio-
nes opponendas fuiſſe in jure, adeoque ante litis
conteſtationem, in judiciis b.f. etiam in judi-
cio poſt litem conteſtatam. Conf. Ger. Noodt.
de Juriſd. 1, 3. *de fæn. & uſur* 3, 15. *de form.*
6 *emend. dol. mal. cap.* 5. Hein. Cæterum plurium
ſuffragiis probatum, uſuque receptum eſt, ut hu-
jus generis exceptiones etiam non conteſtatæ uſ-
que ad ſententiam rectè objiciantur: vid. Mynſ.
1. *obſ.* 24. Marant. § 6. *num.* 12. Gail. 1. *obſ.* 74.
num. 13. Vveſ. *par. num.* 7. quod eo facilius nunc
admittendum, quia diſcrimen judiciorum bonæ
fidei & ſtricti juris pæne ſublatum eſt, ut alibi
7 demonſtravi. Exceptiones rei judicatæ, jurisju-
randi, & tranſactionis, hoc ſpeciale habent,
quod impediant litis ingreſſum, modo paratam
earum reus probationem habeat: unde & litis
finitæ appellantur. Chriſtin. *d. deciſ. num.* 7.
Gudelin. *lib.* 4. *cap.* 7. *ſect.* 1. Quanquam ſi ini-
tio oppoſitæ non ſunt ad impediendum proceſ-
ſum, nihilominus poſtea opponi poſſunt ad ju-
ſtitiam cauſæ. Chriſtin. *d. dec. num.* 18. *& ſeq.*
Sciamus autem, ea, quæ de conteſtatione ha-
rum exceptionum diximus, dicta eſſe de exce-
ptionibus facti, quibus aliquid factum eſſe in-
tendimus, quod proinde & probare debemus,
ut intelligitur ex *l. in exceptionibus.* 19. *de prob.*
quæ enim quæſtionem facti habent, non poſſunt
intelligi in judicium deduci, niſi facti conteſta-
8 tione. Diverſa autem cauſa eſt exceptionum ju-
ris, id eſt, earum, quæ alicui conditione ipſa
perſonæ jure tribuuntur, qualis eſt exceptio di-
viſionis epiſtola D. Hadriani fidejuſſoribus tribu-
ta. Nam hoc genus conteſtari neceſſe non eſt, ſed
ſufficit quandoque, ante ſententiam allegari, *l.10.
C. de fidejuſſ.* & ibi D. Ant. Fab. *C. ſuo hoc tit.
defin.* 1. *n.*3. Nimirum auxilium diviſionis ſatis
ſub appellatione & perſona fidejuſſoris in ju-
dicium deduci intelligitur, cùm fidejuſſori jure
tribuatur, hoc ipſo quod fidejuſſor eſt. Duæ 9
omnino exceptiones peremptoriæ ſunt, quas non
ſolùm neceſſe non eſt initio litis conteſtari, ſed
quibus etiam non allegatis ut licet in executio-
ne rei judicatæ, nempe exceptio Senatuſcon-
ſulti Macedoniani & Vellejani, *l.11. de SC. Mac.*
Id quod mirum videri non debet placuiſſe in iis
exceptionibus, quæ publicæ utilitatis cauſa ma-
ximè introductæ ſunt. DD. noſtri etiam plures
hujus generis referunt in *l.1. C. de re jud. l.1. C.
de jur. & fact. ign.* Gail. 1. *obſ.* 113. *nu.*5. *& ſeqq.*
Zaſ. in *l.2. hoc tit. nu.* 16. Marant. *part.* 2. *memb.*
9. *num.*18. Merul. *lib.* 4. *diſtinct.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 4.
cap. 14. Exceptiones dilatoriæ, cujuſcumque ex
generis ſunt, ſi paucas dempſeris, inter exordia
litis, hoc eſt, ante litem conteſtatam, opponi
debent. Quin & diſceptari, probari, & deci-
di, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria ſo- 10
lutionis, non defugiendi judicii, ſed ſolutionis
differendæ gratia objecta, ſeu, ut vulgo loquun-
tur, non ad impediendum proceſſum, ſed ad
merita cauſæ oppoſita, cujus initio conteſtatæ
probatio demum à reo exigitur, poſtquam actor
intentionem ſuam probavit, quod refero *l. ex-
ceptionem.* 19. *C. de probat.* cum Gudelin. *lib.*4.
*c.*7. *ſect.* 1. Sed & ſi quæ hujus generis demum
poſt litem conteſtatam nata ſit, veluti ſi novæ
cauſæ poſtea emerſerint, ob quas judicem tam-
quam ſuſpectum recuſare liceat, non eſt ambi-
gendum, quin hujuſmodi exceptio poſt cœptum
judicium objici poſſit, *cap.* 15. *de off. deleg.* Si-
chard. *ad l.* 13. *C. de proc. n.* 5. quamquam in
privilegio fori ſuperveniente hoc locum non ha-
bet, *l.7. de judic.* Idem juris eſſe interpp. no-
ſtri volunt, ſi exceptio gravamen ſucceſſivum,
ut loquuntur, habet: cujuſmodi eſt exceptio
loci non tuti vel ſuſpecti. Mynſ. 2. *obſ.* 74. Gail.
1. *obſ.* 52. *n.* 3. Sichard. *d. loc n.*6 Item ſi reus
exceptionem ſibi competere in facto errans igno-
raverit, *c.4. π. hoc tit.* Covar *pr. quæſt* 26. *n.* 2.
Illud certum eſt, exceptiones dilatorias, quæ 11
adverſus inhumanam ſolidi petitionem compa-
ratæ ſunt, non ſolùm poſt litem conteſtatam
ante ſententiam objici poſſe, ſed etiam poſt rem
judicatam in ipſa executione, *l.15. l.17. §. ult. ſol.
matr. l. item.* 18. *l. Neſennius.* 41. § *ult. de re jud.*
Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis
non impugnat ſententiam, ſed moderatur vires
judicati. Idem obtinet & in exceptione reſtitutio-
nis, *l. divus.* 33. *de re jud.* & in exceptione ceden-
darum actionum, *l. ſi fidej* 41. §. 1. *de fidejuſſ.* Item
in exceptione non impleti contractus, veluti pre-
tii non ſoluti. De qua DD. in *l.1. C. de jur. &
fact. ign.* Gail. 1. *obſ.* 27. Zang. *de exc. part.*4. *cap.*
28. *n.* 88. Tantumdem dixero, ſi exceptio judi-
cium

Digitized by Google

cium retro reddat nullum, qualis eſt exceptio falſi procuratoris, *l. licet.24. C. de proc.* ſi modo
12 hæc vera exceprio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparararum eſt, ut reus omnes exceptiones, quas haber, ſimul & conjunctim initio litis proponere debeat, peremptoriaſque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Cæterum proteſtari conſuevir reus, ſe hac exceptionum cumularione nihil damni habiturum, ſed ex illis ſibi defenſionem rectè atque ordine velle rribui. Damhoud. *prax.civ.cap.*139. Imbert. *inſt. for. lib.* 1. *cap.* 51. Mynſ. 4. *obſ.* 89. Metul. *lib.*4. *diſt.*4. *ſect.* 3. *tit.*4. *cap.* 1. Chriſtin. *vol.*4. *deciſ.* 174. *num.* 15. Gudelin. *lib.* 4. *c.* 7. *ſect.*1. *& cap.* 8. *ſect.* 1. *in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc inſtitutum habeat, nimirum ut cunctis rei defenſionibus initio allegatis, judex ex iis ſtatum cauſæ eliciat. Variatur enim ſtatus cauſæ, cùm intentione actoris probata exceptio poſtea opponitur. Et quid opus eſt actorem longum tempus magnoſque labores & ſumptus probandæ intentioni ſuæ impendiſſe, ſi ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta eum ſtatim à lite retraxiſſet? Tres tamen ſunt exceptiones, quæ in tribunalibus noſtris ſolæ & per ſe proponi poſſunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentiæ, & litis finitæ, juxta *inſtruct. Cur. Holl. art.* 88. junct. *art.* 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Juſt.* Groenevv. *de ll. abrog. ad hunc tit. Inſt.*

TITULUS DECIMUSQUARTUS.

DE REPLICATIONIBUS.

Replicatio quid ſit.

Ut exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l.2.§.2. de exc.* eſtque nihil aliud replicatio, quàm ſecunda actoris allegatio ad firmandam actionem ſuam adverſus exceptionem à reo oppoſitam. Itaque & replicatio quædam exceptio eſt, ſed quæ à parte actoris venit, *d.l.* 2. §.1. unde à Paulo dicitur contraria exceprio, quaſi exceptionis exceptio, *l. exceptio.* 22. §. 1. *eod.* quamquam appellatur ea defenſio, qua propriè exceptio reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

De replicatione.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie juſta videtur, tamen iniquè noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque reſolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus eſt aliquis cum debitore ſuo, ne ab eo pecuniam petat, deinde poſtea in contrarium pacti ſunt, id eſt, ut creditori petere liceat: ſi creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, ſi non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet poſtea in contrarium pacti ſint. Sed quia iniquum eſt, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex poſteriore pacto convento.

NOTÆ.

Quæ prima facie juſta] Κατὰ τὸ ἀκριβὲς, ſecundum jus ſtrictum: iniqua autem, ſi ex æquitate pateretur.

Adjuvandi actoris gratia] Exceptio eſt ſubſidium rei, replicatio actoris, *l. 7. l.10. C.de except. l. 2. §.2. D. eod.*

Replicatio vocatur] Quæ & ipſa quædam exceptio eſt, ſed quæ à parte actoris venit, *d.l.2.* §. 1.

Nocet ei exceptio] Quia pactum prius per poſterius non tollitur ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum eſt. Quia in ſtipulationibus jus continetur, in pactis factum verſatur, *l. 27. §. 2. de pact.* id eſt, quia pacto non liberamur niſi conteſtatione pacti: at per ſtipulationem novantem, per ſtipulationem Aquilianam & ſubſecutam acceptilationem, etiam ſine aliqua defenſionis conteſtatione.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur* l. ſi unus. 27. §. 2. de pact. & *conciliatur cum* l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de ſolut.

Cum exceptio in ſpeciem juſta, revera iniqua eſt, opus eſt alia defenſione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus eſt cum debitore, ne ab eo peteret. Poſtea cùm quereretur creditor, nullam fuiſſe cauſam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rurſus ei petere licere. Hìc ſi creditor agat, & excipiat debitor, obſtabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per poſterius ipſo jure, ſicut ſtipulatio per ſtipulationem, ſi hoc actum ſit, puta ſi novandi animo poſterior interpoſita ſit, *l. ſi unus.*27.§.2. *de pact.* Cæterum quia iniquum eſt, creditorem excludi, alia defenſione adjuvatur ex poſteriore pacto convento, quæ exceptioni oppoſita eam elidat, & noſtris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & reſolvitur jus exceptionis, *hoc text. l.2.§.1. & 2.eod.* Theophilus reddidit, ἀναλύεται ἡ τῆς ἐξαιρέσεως ἰσχύς.

Vis

Digitized by Google

Vis exceptionis reſolvitur. Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. cap.29. Firmamentum eſt, quod ad labefactandam rationem* (ea noſtris *exceptio*) *refertur*. At enim, inquis, obligatio naturalis ipſo jure per pactum tollitur, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de ſolut.* cui conſequens videtur, quod pacti etiam hæc vis ſit, ut ipſo jure obligationem priorem reponat in priſtinum ſtatum, perinde ac ſi pactum prius interpoſitum non fuiſſet. Minimè, inquam: nam cùm non obſtante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipſo jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæſita poſteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non poſſit.

1 Atque hoc ſignificat Juriſconſultus in *d. l. ſi unus. 27. §. 2. de pact.* cùm ait, in pactis factum verſari. Antea dixerat, in ſtipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum verſatur*; id eſt, ut ego interpretor pacta quidem nobis proſunt ad liberationem, ſed facto noſtro, ſi quis initio litis pactum ſit conteſtatus, ejuſque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim conteſtatio & defenſio cùm in facto rei poſita ſit, rectè dicitur, in pactis factum ad liberationem verſari: eademque hìc exceptionis & replicationis ratio. *In ſtipulationibus*, inquit, *jus continetur*: id eſt, per ſtipulationem novantem, per Aquilianam eamque ſecutam acceptilationem, hoc aſſequimur, ut ipſo jure liberemur, non facto aliquo noſtro, id eſt, non defenſionis conteſtatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Juriſconſultus in *l. qui ſervum. 34. §. 1. de obl. & act.* ſcribit, eum, qui rem ſibi commodatam ſurripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, ſed alteram actionem per alteram perimi aut ipſo jure aut per exceptionem. Significat enim, cùm quis ipſo jure liberatus eſt, poſſe eum tuto negare ſe debere; & quamvis exceptionem in judicio non proponat, abſolvi debere, ſi ex priſtina actione ſolviſſe ſe quandoque apud judicem doceat. Si verò per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare ſe teneri: ſed cùm hoc confeſſus fuerit, ejus quod præceſſerit, exceptionem opponere poſſe, per quam conſequatur idem, ne teneatur. Hoc verò inquit facere eſt tutius: quia ſcil. dubitari poſſit, an eo modo prior actio ſublata ſit jure: add. Cujac. & Anton. Fab. *ad d. l. 27. §. 2. de pact.* Don. *ad l. 5. C. eod.* Bachov. *de pact. cap. de effect. pact. lib.*

TEXTUS.

De duplicatione.

1. *Rurſus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie juſta eſt, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus eſt, adjuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Et ſi rurſus ea prima facie juſta videatur, ſed propter aliquam cauſam actori inique noceat, rurſus alia allegatione opus eſt, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum uſum interdum ulterius, quàm diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex digeſtorum latiore volumine facile eſt cognoſcere.*

COMMENTARIUS.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi niſi ex gravi cauſa: nec in ſtatu juridiciali exceptionum aut replicationum uſum eſſe.*

SI replicatio & ipſa prima fronte juſta, revera autem iniqua ſit, contra eum datur reo duplicatio: & rurſus contra duplicationem actori triplicatio: & ſic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus eſt infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verùm hanc licentiam poſteritas meritò refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet cauſam, quàm implicet. Itaque hodie in bene conſtitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; 1 niſi ex gravi cauſa judex aliter decernat, puta ob novi, & ad ſtatum cauſæ pertinentis facti allegationem. Vid. *Ordin. Cam. Imp. p. 3. tit. 20.* Imbert. 1. *Inſt. for. 36 Ampliat. Inſtr. Cur. Holland. art. 12.* D. Tuld. *in comm. ad hunc tit. c. 1. & 2.* ubi exemplo hanc rem illuſtrans oſtendit, cur neceſſe non ſit ultra duplicationem progredi. Conceſſa autem ex cauſa actori triplicatione, reo ſimul conceſſa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps, Merul. *lib. 4 diſt. 4. ſect. 3. tit. 10. cap. 1.* In ſtatu cauſæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: ſed judex *appointeert partyen te beſchryven by memorien en advertiſſementen van rechten*, &c. In ſtatu conjecturali *appointeert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van mede is; ofte in feyten contrarie, indien productie vereyſcht vvordt. Ende vvordt in beyde geſchreven by eyſch, ant vvoordt, repliecq, dupliecq, by intervalle van tijdt, ſonder meer.* Merul. *d. diſt. 4. ſect. 4. tit. 10. & ſeq.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejuſſoribus proſunt, vel non.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari ſolent etiam fidejuſſoribus ejus: & rectè: quia quod ab iis petitur, id ab ipſo debitore peti videtur:*

tur: quia mandati judicio redditurus eſt eis, quod ei pro eo ſolverint. Qua ratione & ſi de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde ſuccurrendum eſſe per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati ſunt, ac ſi etiam cum ipſo pactus eſſet, ne ab eis pecunia peteretur. Sanè quædam exceptiones non ſolent his accommodari. Ecce enim debitor, ſi bonis ſuis ceſſerit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, ſi bonis ceſſerit. *Sed hæc exceptio fidejuſſoribus non datur: ideo ſcilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maximè proſpicit, ut cum facultatibus lapſus fuerit debitor, poſſit ab iis, quos pro eo obligavit, ſuum conſequi.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ exceptiones ad alios tranſeant, aut non tranſeant.*

2 *Exceptio læſionis ex cauſa ætatis cujus generis.*

1 UTrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejuſſores, tranſeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum eſt. Nam quædam exceptiones in rem ſunt, quædam in perſonam; ſive quod idem eſt, quædam cauſæ ſeu rei, quædam perſonæ cujuſque cohærent. Rei cohærentes exceptiones ſunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus cauſa, pacti conventi in rem, Senatuſconſultorum Vellejani & Macedoniani, &c. *l. 7. §. 1. hoc tit.* Perſonæ cohærent exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à ſolo debitore peteretur, *l. niſi. 22. de pact.* ne quis ultra quàm facere poteſt, conveniatur, *d. l. 7. in pr.* item præſcriptio moratoria, utpote beneficium Principis perſonale, *l. 1. §. 2. de conſt. Princ. l. privilegia. 196. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam ſucceſſoribus & fidejuſſoribus, reliquiſque acceſſionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes. 19. hoc tit. de except. l. ſi ſibi. 17. §. pactum. 5. cum aliquot ll ſeqq. de pact. l. ex perſona. 32. de fidejuſſ. l. 9 §. ult. l. ſi is. 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum ſeq. de jurejur. l. 9. §. pen. de ſen. Mac. l. 16. §. 1. ad ſen. Vellej. l. 8 C. de non num. pec. l. emptori. 28. C. de evict.* Secundi generis perſonam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & l. ſeq. ſol. matr. l. uſſ. 24. cum ſeq. de re jud. l. niſi. 22. l. idem. 25. §. 1. de pact. cum ſimilibus.*

Quia mandati judicio] Hæc ratio eſt, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejuſſori prodeſſe, nimirum quia alioqui nec ipſi reo profutura eſſet: quippe à quo fidejuſſor, quod ſolvit, judicio mandati repetere poteſt, *§. ſi quid. 6. ſup. de fidejuſſ. l. mandati. 14. C. eod.* Hinc quod à fidejuſſore petitur, τῷ δυνάμει à reo exigi, ſcribit Ulpian. *l. adverſus 29. de recept. arb.* Quod ſi nulla ſit mandati actio, puta ſi donandi animo fidejuſſerit, exceptio reo competens fidejuſſori non proderit, *l. quod dictum, 22. de pact. l. 9. §. pen. de ſen. Mac.*

Si de non petenda pecunia] Niſi nominatim id actum, ne à ſolo debitore peteretur, non etiam à fidejuſſoribus: nam tale pactum, quia perſonale eſt, ad fidejuſſorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. niſi. 22. l. idem 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejuſſori prodeſſe debere propter beneficium ordinis noviſſimo jure fidejuſſoribus tributum, quod alioqui facile per colluſionem reorum eis auferri poſſet. Hoc & D. Cujacius in *d. l. 22.*

Debitor ſi bonis ſuis ceſſerit] Debitor, qui creditori ſuo bonis ceſſit, ſi iterum conveniatur, tueri ſe poteſt exceptione ceſſionis bonorum; neque tenetur, niſi quid alicujus momenti poſtmodum acquiſierit: quo tamen caſu adhuc in ſolidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quàm facere poſſit, condemnetur, *l. 4. & paſſ. de ceſſ. bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adverſus ſolidi petitionem comparatæ ſunt, perſonalis eſt, non cauſæ, ſed perſonæ cohærens: & ideo ad alios non tranſit, *l. 7. pr. de except.* De quo plura *ſub §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat] Cùm fidejuſſor ſuam perſonam, tanquam magis idoneam, ſubſtituat pro perſona debitoris principalis, meritò arcetur ab iis defenſionibus, quæ propriæ ſunt perſonæ rei, & ſpecialiter tribuuntur. Exceptio 2
læſionis ex cauſa ætatis, quæ minori in integrum reſtituto datur, mixti generis eſſe videtur, & partim pro beneficio cauſæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etſi ipſi ſunt majores, *l. 6. de reſtit. in integr. l. minor. 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio perſonæ, quia denegatur fidejuſſoribus ejus, *l. in cauſæ. 13. pr. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidej. min.* niſi forte ſalva ſit creditori judicii in alium tranſlatio, *l. minor. 51. de procur.* add. Mynſ. 4. *obſ.* 18. Maurit. *tract. de reſt. in int. c.* 13. Gomez. 2. *reſ.* 14. *n* 6. & 9. Planè ſi quis pro minore dolo adverſarii circumvento intervenerit, ex hac cauſa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio cauſæ omni ex parte habetur, ut etiam proſit fidejuſſori. Nec mirum, cùm etiam majoribus ex eadem cauſa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidej. min.* Maurit. c. 14. Odd. *tract. de reſt. in int.* 1. *quæſt.* 48. Duar. *ad d. tit. C.*

TITU-

Titulus Decimusquintus:
DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 1.

Ratio ordinis, & ſumma tituli.

POſtquam de actionibus, earumque ordine, progreſsu, & cum exceptionibus congreſsu, dictum eſt, non inconvenienter ſubjicitur tractatio de interdictis; quippe quæ & ipſa actionum inſtar obtinent, & ſi vim eorum ac poteſtatem ſpectes, id eſt, quod iis conſequi volumus, re ipſa actiones ſunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis. 37. de obl. & act.* Denique & olim ex cauſa interdicti adverſus non parentem actio dabatur, & poſtea ambagibus interdictorum ſublatis placuit, ut recta & protinus actio poſseſsoria proponeretur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compoſitores titulum ff. inſcripſerunt, *De interdictis, ſive extraordinariis actionibus, &c.* Docemur primum hoc titulo, quid ſit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur diviſiones, quæ genera, eorumque ſpecies oſtendunt.

Textus.

Continuatio & definitio.

Sequitur, ut diſpiciamus de interdictis, ſeu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor juvebat aliquid fieri, aut fieri probibebat, quod tunc maximè fiebat, cum de poſſeſſione aut quaſi poſſeſſione inter aliquos contendebatur.

Notæ.

Maximè cùm de poſſeſſione] Ait *maximè*, quia quædam interdicta proprietatis, aut quaſi proprietatis cauſam continent: vid. *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. 11. cum ſeqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de cauſa poſſeſſionis potiſſimum interdicta propoſita, ut hujuſmodi controverſiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quàm celerrimè componerentur, *l. 13. §. 3. de uſufr.*

Quaſi poſſeſſione] Rerum ſcil. incorporalium, puta uſusfructus & ſervitutum, quæ quaſi poſſideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de hær. pet. l. 23. §. 2. ex quib. cauſ. maj.*

Commentarius.

1 *Quid ſit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie? obſervatur error Theophili.*

2 *Quæ interdicta cauſam proprietatis aut quaſi contineant?*

3 *Cur potiſſimum de poſſeſſione propoſita?*

S*En actionibus, quæ pro his exercentur*] Nam tempore Juſtiniani neceſse non erat interdictum reddi & impetrari, ſed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet *§. ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta
certis verborum formulis conſtabant: id quod
ex ſingulis fere titulis libri 43. ff. cuivis licet ani-
madvertere. Itaque interdictum, ſi veterem for- 1
mulam ſpectemus, ſic rectè definietur: Decre-
tum prætoris certis verbis conceptum, quo in
cauſis poſseſſionum vel quaſi poſseſſionum jube-
bat aliquid fieri, aut fieri vetabat, prout id rei,
de qua agebatur, conveniebat. Nam alias peti-
tur, ut poſseſſio reſtituatur, aut res exhibeatur;
hìc prætor reſtitui aut exhiberi jubebat. Alias
qui rem tenet aut ea fruitur, petit, ne ſibi tenenti
aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat.

Aut jubebat aliquid fieri] Sine conſtitutione judicii. Nam prætor ad ſtipulationem interdictum petentis adverſario ad ſe vocato ſine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod ſi interdicto paritum non eſset, tum aut manu miniſtrorum decretum ſuum exequebatur, aut civilius ex cauſa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. ſi vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poſs.* Totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum prætoris non decidens hypotheſin, ſed quomodo de ea judicandum ſit, judicem informans. Poſtea placuit, actionem ſine iſto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud ſint, quàm actiones quibus de poſseſſione diſceptatur.

Tunc maximè cùm de poſseſſione] Ait, *maximè*: 2
quia quædam interdicta proprietatis aut quaſi
proprietatis cauſam continent; veluti de itinere
actuque privato, de aqua quotidiana & æſtiva, de
locis ſacris & religioſis, *l. 2. §. 2 hoc tit. l. 3. §. ait. 11.
cum §§. ſeqq. de itin. actuque priv. l. 1. § ult. de aq.
quot. & æſt.* quamquam hæc non ideo dicuntur
cauſam proprietatis continere, quod non ſint de
poſseſſione aut uſu rei tuendo: ſed quia cùm ſint
de his rebus principaliter, per conſequentiam ad-
junctam habent cauſam proprietatis, aut velut
proprietatis, dum placet, eum vincere in hoc uſu,
qui jus, de cujus uſu agitur, ad ſe pertinere oſten-
derit, *d. l. 3. §. hoc autem. 13.* Don. *ad hunc tit. C. n. 6.*
Tuld. *n. 2.* Et hoc eſt, quod dicitur in *d. l. 1 § ult.*
in hujuſmodi interdictis totam quæſtionem fini-
ri, id eſt, & poſſeſſionis & proprietatis; cùm illa
quæ ſunt de ſola poſseſſione vel quaſi poſseſſione
tantùm ſint præparatoria, & ubi deſierint, inci-
piat ſecunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & princi-
palis dicitur in *l. nullis. 10. C. de jud.* Ideo autem de 3
cauſa poſseſſionis potiſſimum interdicta propo-
ſita fuiſse videntur, ut hujuſmodi controverſiæ

quam

Digitized by Google

quàm celerrimè imperio prætoris tranſigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unuſquiſque poſſeſſionem rei ſibi aſſerere conatur, vis interim fiat: quod cùm in cauſis proprietatis, ubi de poſſeſſore jam conſtat, non metuatur, illarum cognitio ſine periculo ad privatos judices delegari poteſt: quam etiam ob cauſam nunc fere ſuprema tribunalia in prima inſtantia de cauſis poſſeſſionum cognoſcunt. Gail. 1. *obſ.* 5. uti apud nos curia Provincialis *art.* 39. *& ſeqq. inſtr. Cur. Holl.* aut ſupremus Senatus *art.* 19. *ſupr. Senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas eſt, ſed uſus tantùm, quædam velut poſſeſſio privatorum; nempe de locis ſacris, religioſis, publicis, hominibus liberis, *l.* 1. *pr. hoc tit.* & exponuntur ſingulis titt. ſeorſum.

TEXTUS.

Diviſio prima.

1. *Summa autem diviſio interdictorum hæc eſt, quod aut prohibitoria ſunt, aut reſtitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria ſunt, quibus prætor vetat aliquid fieri: veluti vim ſine vitio poſſidenti, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi; vel in ſacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Reſtitutoria ſunt, quibus reſtitui aliquid jubet, veluti bonorum poſſeſſori poſſeſſionem eorum, quæ quis pro hærede aut pro poſſeſſore poſſidet ex ea hæreditate: aut cum jubet ei, qui vi de poſſeſſione dejectus ſit, reſtitui poſſeſſionem. Exhibitoria ſunt, per quæ jubet exhiberi: veluti, eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in poteſtate ejus ſunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea propriè vocari, quæ prohibitoria ſunt, quia interdicere ſit denuntiare & prohibere: reſtitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari; quia inter duos dicuntur.*

COMMENTARIUS.

DIviſio interdictorum, quæ hìc proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliiſque commercio hominum exemptis propoſita ſunt, quàm quæ de rebus privatis. Ulpian. *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* addit; quædam interdicta & mixta eſſe, quæ & prohibitoria ſint & reſtitutoria. In quo genere eſt interdictum, ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus erit, *l.* 3. §. 2. *eo tit.* item interdictum de liberis exhibendis & deducendis, *l.* 3. §. 1. *illo t.* vid. Cujac. 4. *obſ.* 11.

Vetat aliquid fieri] Unde in formulis edictorum prohibitoriorum prætorem paſſim uſurpare videmus verbum *veto*.

Vim ſine vitio poſſidenti] Intelligit interdictum *Uti poſſidetis*: quod plenius explicabitur §. *retinendæ.* 4. *inf. eod.* *Sine vitio poſſidenti*, id eſt, nec vi, nec clam, nec precario poſſidenti ab adverſario: nam alias etiam vitioſum poſſeſſorem interdictum tuetur, *l.* 1. § *ult. uti poſſid.*

Mortuum inferenti] Significat interdictum de mortuo inferendo, quod in aliorum ordinem ſub *lib.* 43. π. non refertur, ſed *tit. ult. lib.* 11. his verbis: *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus eſt, quominus illi eo eave mortuum inferre, & ibi ſepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco ſacro ædificari] De quo in *l.* 1. *& paſſim, ne quid in loc. ſacro.*

In flumine publico] De quo ſub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Reſtitutoria, quibus reſtitui] Qua de cauſa ita ſemper concepta ſunt, ut verbum *reſtituas* addatur, *l.* 1. *quor. bon. l.* 1. *quod vi aut clam. l.* 2. *de precar.*

Bonorum poſſeſſori] Significat interdictum *quorum bonorum*, de quo copioſius explicabitur §. *proximo.*

Qui vi de poſſeſſione] Unde apparet, ſignificari interdictum *unde vi.* § 6. *inf.* cui explicando alius item locus infra deſtinatus eſt.

Exhibitoria, per quæ jubet exhiberi] Quapropter verbum *exhibeas* in his addi ſolet, *l.* 1. *de tab. exhib. l.* 1. *de hom. lib. exhib. l.* 1. *de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter intereſt, quod hæc tantùm ad cauſam poſſeſſionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi ſunt, *l.* 1. *ad exhib.* Quod verò nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujuſque intereſt, interdicta autem hæc magis publicam cauſam ſpectare, id non eſſe perpetuum, oſtendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cujus libertate] Significatur interdictum de homine libero exhibendo, quod tuendæ libertatis cauſa propoſitum eſt, ne videlicet homines liberi à quoquam retineantur, *l.* 1. *de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas] Quam ad rem comparatum idem edictum *de hom. lib. exhib.*

Aut parenti liberos] Cujus rei cauſa propoſitum interdictum ſub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum veriſimile videtur: nam interdicere omnibus Latinè loquentibus idem eſt, quod vetare, prohibere; ut exiſtimandum ſit, ex productione & quaſi abuſione ejus verbi eſſe, quod decreta quoque reſtitutoria & exhibitoria interdicta appellata ſint.

Quia inter duos dicuntur] Hoc planè ineptum videtur. Proinde Alciat. in *l. pecuniæ.* 178. *de verb. ſign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit, *interim dicuntur*. Quæ alluſio naturæ rei non male convenit: nam interdicta totam litem non perimunt, ſed tantùm poſſeſſorem interim dicunt, quoad quæſtio principalis de proprietate,

de

Digitized by Google

de qua adhuc cognoſcendum eſt, terminetur, *l.3. C. hoc tit. l.2. in fin. C. ubi in rem act. l.13. C. de rei vind.* Iſidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib.5. ſent.* interdictum definiunt ſententiam interim dictam. add. Covar. *pract. quæſt.* 17.

Textus.

Diviſio ſecunda.

2. *Sequens diviſio interdictorum hæc eſt, quod quædam adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.*

Notæ.

2. *Sequens diviſio*] Ex Paul. *l.2. § ult. hoc tit.* Superior à forma, hæc à fine ſumpta eſt, & ea dumtaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem ſpectant, *d. l.2. §. ult.*

Quædam adipiſcendæ] Omnis de poſſeſſione rei privatæ contentio eo ſpectat, ut aut poſſeſſionem adipiſcamur, aut adeptam retineamus, aut amiſſam recuperemus. Auſon. *Id.* 11.

Interdictorum trinum genus unde repulſus
Vi fuero, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.

Interdictum *unde vi* comparatum eſt recuperandæ poſſeſſionis cauſa *utrobi* retinendæ: *quorum bonorum* adipiſcendæ.

Commentarius.

Secunda hæc diviſio non complectitur omnia interdicta, ſed ea tantùm, quæ ad rem familiarem pertinent, *l.2. §. ult. hoc tit.* ac proinde tantùm ſubdiviſio quædam eſt, non ſecunda totius diviſio. Eſt autem à fine ſumpta: nam omnis de poſſeſſione rei privatæ controverſia eo ſpectat, ut aut poſſeſſionem nunc primum adipiſcamur, aut adeptam retineamus, aut amiſſam recuperemus.

Textus.

De interdictis adipiſcendæ.

3. *Adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa interdictum accommodatur bonorum poſſeſſori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *ejuſque vis & poteſtas hæc eſt, ut quod ex iis bonis quiſque, quorum poſſeſſio alicui data eſt, pro hærede aut pro poſſeſſore poſſideat, id ei, cui bonorum poſſeſſio data eſt, reſtituere debeat. Pro hærede autem poſſidere videtur, qui putat ſe hæredem eſſe pro poſſeſſore is poſſidet, qui nullo jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, ſciens ad ſe non pertinere, poſſidet. Ideo autem adipiſcendæ poſſeſſionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile eſt, qui nunc primum conatur adipiſci poſſeſſionem. Itaque ſi quis adeptus poſſeſſionem amiſerit eam, hoc interdictum ei inutile eſt. Interdictum quoque quod appellatur Salvianum, adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet.*

Notæ.

3. *Appellatur quorum bonorum*] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Pro hærede poſſidere, &c.] Vid. *l.11. cum ſeqq. de hær. pet.*

Primum conatur adipiſci poſſeſſionem] Non enim petitur hoc interdicto, ut res reſtituantur, quæ aliquando ab hærede poſſeſſæ, ſed quæ nunquam. Itaque ſic reſtitutotium eſt, ut ſit adipiſcendæ poſſeſſionis, *d. l.1. in fin. hoc tit.*

Appellatur Salvianum] *lib.43. π. tit. ult. &* 8. *C. tit.* 9.

Commentarius.

1 *Quæ interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparata.*
2 *Quorum bonorum, cui, adverſus quem competat: & cui bono comparatum.*
3 *Quis hìc dicatur pro hærede prove poſſeſſore poſſidere: tum cur bonorum poſſeſſori petitio hæreditatis non ſufficere viſa: & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*
4 *Quibus propoſitum remedium* l. ult. C. de evict. D. Hadr. toll.
5 *Cui adverſus quos interdictum Salvianum detur?*
6 *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius.*

Adipiſcendæ poſſeſſionis interdicta dicuntur, 1
quæ comparata ſunt ad poſſeſſionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hìc proponuntur & explicantur; interdictum quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere ſunt & interdicta quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt; de tabulis exhibendis; & de glande legenda: quæ extant & explicantur in π.

Accommodatur bonorum poſſeſſori] Competit 2
hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum poſſeſſio data eſt, *l.1. quor. bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti ſunt, per *l.1. C. quor. bon.* Gloſſ. comm. approbata ad *rub. C. eod.* Schneid. *hic. n.*13. Ant. Fab. *C. ſuo eod. tit. defin. un.* Quamquam hoc diſplicet Baron. *hic.* Don. *ad d. tit. C. n.* 3. Cujac. *in par. C. eod.* Sed quid opus eſt, inquis, hoc interdicto ad novam poſſeſſionem adipiſcendam, ſi jam bonorum poſſeſſio alicui à prætore data eſt? Eo opus eſt, quod bonorum illa poſſeſſio, quam prætor tribuit, non corporis, ſed juris eſt: hoc eſt, prætor dando bonorum poſſeſſionem, tribuit, tantùm jus perſequendi & retinendi patrimonii defuncti, corporum autem poſſeſſionem aut detentionem non tribuit, *l.3. §.1. de bon. poſſ.* Hæc igi-

igitur adhuc reſtat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Ut quod ex iis bonis] Competit hoc interdictum de iis bonis, quæ in hæreditate defuncti, cùm moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis uſucapta ſunt: id enim ſignificant verba interdicti, *poſſideresve, ſi nihil uſucaptum eſſet. l. 1. quor. bon.*

Pro hærede aut pro poſſeſſore] Datur hoc interdictum adverſus duo genera poſſeſſorum: primum adverſus eum, qui pro hærede prove poſſeſſore poſſidet; quod etiam hìc expreſſum eſt: deinde adverſus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove poſseſſore poſſideret; quod nominatim adjectum eſt in *l. 2. C. quor. bon.* & comprehenſum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo feciſti, ut deſineres poſſidere, d. l. 1. eod.* Eſtque hoc omnibus regulis juris conſentaneum, *l. pa rem. 150. l. qui dolo. 131. cum ſimil. de reg. iur.* Hinc autem intelligimus, eum, qui titulo ſingulari poſſidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, ſicut nec petitione hæreditatis, *l. 7. C. de pet. hær. l. 4. C. in quib. ca. ceſſ. long. temp. præſcr.* Eſſet enim iniquum, eum, quem dominum eſſe non conſtat, ſed qui tantùm ſe hæredem eſſe dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & juſto titulo poſſidet. Ajo, juſto titulo: nam titulus injuſtus aut jure invalidus poſseſſorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti poſſit, *arg. l. nec ullam. 13. §. 1. de hær. petit.* Covar. *pract. quæſt. cap. 12.* Cacheran. *decis. 56.*

Reſtituere debeat] Reſtituendi verbum propriè refertur ad ea, quæ à nobis profecta reſtituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis præſtantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res ſibi reſtitui, quas aliquando poſſedit, ſed quas nunquam. Itaque ſic reſtitutorium eſt, ut tamen ſit adipiſcendæ poſſeſſionis, *l. 1. in fin. quor. bon.*

3 *Pro hærede*] Is dicitur hoc loco pro hærede poſſidere, qui ſe hæredem dicit, cùm non ſit, ſive ſciat, ſe hæredem non eſſe, ſive ſe eſſe putet. Pro poſſeſſore autem, qui nullam cauſam poſſidendi aliam habet, quàm quod poſſidet: unde & nomen natum, *l. 11. cum ſeqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile eſſe & otioſum, propterea quod hæredibus & bonorum poſſeſſoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio ſcilicet hæreditatis; quippe qua non tantùm corporum poſſeſſores, ut interdicto *l. 2. quor. bon.* ſed etiam poſſeſſores juris & debitores hæreditarii tenentur, ſi ſe hæredes eſſe contendant, *l. 9. l. 13. in fin. l. ſi debitor. 42.* & ibi Barr. *de hær. pet.* Sed neque majora onera eſſe videntur in judicio petitorio, quàm in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet ſe hæredem eſſe, *l. 1. C. quor. bon.* Reſp. Eadem inter hæc remedia differentia eſt, quæ inter cætera judicia poſſeſſoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium poſſeſſorium, non habet longas litis moras, ſed brevis in eo eſt & expedita via ad poſſeſſionem adipiſcendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquiſitio & efficacior probatio requiritur, *d. l. 1.* junct. *l. judices. 91. C. de iud.* add. Afflict. *decis 14.* Menoch. *de adip. poſſ. rem. 1. num. 37. & ſeq.* Ant. Fab. *C. ſuo tit. quor. bon. defin. unic.* Planè in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad univerſitatem pertinet, non ad res ſingulares, *l. 1. in pr. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon.* idque duplici reſpectu dicitur. 1. ratione intentionis actoris, qui univerſa bona ad ſe pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus poſſidet: neutro enim judicio alius tenetur, quàm qui pro hærede vel pro poſseſſore poſſidet. Cui non obſtat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam poſſidet, *l. 9. & ſeq. de hær pet.* Nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede poſſidet, is totam hæreditatem & univerſi juris ſucceſſionem ſibi aſſerit. Conſule Cacheran. *decis. 74.* Eſt & aliud reme- 4
dium poſſeſſorium hæredibus propoſitum, ſed ſcriptis tantùm, conſtitutione Juſtiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui teſtamentum profert, non laborans conſpicuo aliquo vitio, quale eſt cancellatio, item defectus teſtium, ſignorum, ſubſcriptionis, auctoritate magiſtratus mittitur in poſſeſſionem rerum hæreditariarum, dilata tantiſper inquiſitione ſuper vitiis occultioribus, puta falſitatis, injuſtæ exhæredationis, aut præteritionis. Succedenti autem ab inteſtato hoc remedium non datur: ſed nec hæredi inſtituto teſtamento nuncupativo, niſi illud in ſcripturam, ut fieri aſſolet apud nos, redactum ſit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in *pr. el. d. l. ult.* Sichard. *ibi. n. 4. & 5.* Menoch. *de adip. poſſeſſ. rem. 4. n. 648. & 726.* Ant. Fab. *C. ſuo. ad eundem titul. defin. 3. & 4.* Chriſtin. *vol. 4. decis. 30.*

Interdictum, quod Salvianum] Salvianum quo- 5
que interdictum adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa comparatum eſt. Ait Juſtinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Exiſtimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuiſſe non tantùm de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, ſed etiam in ipſum colonum ſolum, ad hunc modum: *Quod tu illi pro mercede fundi oppigneraſti, qua de re agitur, id illi reſtituas.* Unde adverſus extraneum poſſeſſorem, licet titulum & cauſam à colono habentem, non niſi utile interdictum ex productione redditur, *l. 1. in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi interpp. ſententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adverſus debitorem, qui oppigneravit, per *l. 1. C. de prec. & interd. Salv.* ſed etiam contra quemlibet tertium ejus rei poſſeſſorem: quanquam adverſus hunc probationem deſiderant, nimirum non ſolùm rem obligatam eſſe, ſed etiam in bonis debitoris, cùm obligaretur, fuiſſe. Ang. Jaſ. & alii in *§. Serviana. 7. ſup. de act.* Vveſemb. *par. de Salv. interd. num. 2.*

Digitized by Google

num. 2. Schneid. *hic. n. 7.* Fach 8. *controv.92.* & plerique etiam cenſent, prius excutiendum eſſe principalem debitorem, quàm adverſus extraneum poſſeſſorem interdictum intenterur, *arg. Nov.4. cap.2.* Fachin. *ubi ſup.cap.93.* D. Tulden. *ad d. tit. C. n. 2.* Divortium à communi ſententia facit D. Ant. Merenda *5. cont. 37. & ſeq.* Affine huic interdicto remedium eſt actio Serviana; quæ & ipſa primum locatori de rebus coloni pro penſione fundi obligatis propoſita fuit, & poſtmodum ad alias cauſas & ſpecies pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana. 7.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia eſt, cujus ante memini. Utilius eſt experiri interdicto, quàm actione Serviana. Nam interdicto, in quo de poſſeſſione momentaria tantùm agitur, ad adipiſcendam poſſeſſionem ſufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuiſſe; at in actione Serviana, quæ judicii petitorii eſt, hoc amplius probare creditor, contra tertium poſſeſſorem agens, debet, rem, quam perſequitur, in bonis debitoris fuiſſe, cùm de pignore convenit, *l. & quæ. 15. §. 1. de pign. l. ante omnia. 23. de probat.* quod fuſius à me explicatum ſub *d. §. Serviana. 7.* Vveſemb. *d. loc.* Menoch. *de adip. poſſ. rem. 3. n. 8. & ſeqq.*

TEXTUS.

De interdictis retinendæ.

4. *Retinendæ poſſeſſionis cauſa comparata ſunt interdicta* uti poſſidetis *&* utrubi: *cùm ab utraque parte de proprietate alicujus rei controverſia ſit, & ante quæratur, uter ex litigatoribus poſſideat, & uter petere debeat. Namque niſi ante exploratum fuerit, utrius eorum poſſeſſio ſit, non poteſt petitoria actio inſtitui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius poſſideat, & alius à poſſidente petat. Et quia longè commodius eſt & potius, poſſidere quàm petere; ideo plerumque & ferè ſemper ingens exiſtit contentio de ipſa poſſeſſione. Commodum autem poſſidendi in eo eſt, quod etiamſi ejus res non ſit, qui poſſidet, ſi modo actor non potuerit ſuam eſſe probare, remanet in ſuo loco poſſeſſio, propter quam cauſam, cùm obſcura ſunt utriuſque jura, contra petitorem judicari ſolet. Sed interdicto quidem* uti poſſidetis *de fundi vel ædium poſſeſſione contenditur:* utrubi *verò interdicto de rerum mobilium poſſeſſione. Quorum vis ac poteſtas plurimam inter ſe differentiam apud veteres habebat: nam* uti poſſidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore poſſidebat; ſi modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adverſario poſſeſſionem: etiamſi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam poſſeſſionem, aut precario rogaverat aliquem, ut ſibi poſſidere liceret.* Utrubi *verò interdicto is vincebat, qui majore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario poſſidebat. Hodie tamen aliter obſervatur. Nam utriuſque interdicti poteſtas (quantum ad poſſeſſionem pertinet) exæquata eſt, ut ille vincat & in re ſoli, & in re mobili, qui poſſeſſionem nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario litis conteſtatæ tempore detinet.*

NOTÆ.

4. *Ab adverſario*] Si verò alter non ab altero, ſed ab extraneo poſſideat, licet vi, clam, aut precario, nih lominus prætor poſſeſſorem tuetur, *l. 1. §. ult. & l. ſeq eod.* Et hoc eſt, quod dicitur, etiam vir'oſam poſſeſſionem adverſus extraneos prodeſſe ſolere, *l. ult. de acq. poſſ.*

Majore parte anni] *l. un. utrubi.* retrorſum numerari. Paul. *5. ſent. 6.* [illegible]. Theoph. Majore autem parte anni poſſediſſe quis intelligitur, etiamſi duobus menſibus poſſederit: ſi modo adverſarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis poſſederit, *l. 156. de verb. ſign.*

Utriuſque interdicti poteſtas exæquata d. l. un. §. 1. utrubi. quem locum apparet à Compoſitoribus interpolatum eſſe.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem inſtitui non poſſe, niſi certus ſit poſſeſſor: & quare?*
2 *Qui fieri poſſit, ut duo de poſſeſſione retinenda litigent, cùm duo in ſolidum eamdem rem poſſidere nequeant?*
3 *An qui vindicare rem inſtituit, interdicto adhuc agere poſſit? & de judicii poſſeſſorii cum petitorio cumulatione.*
4 *Vetus differentia inter interdicta uti poſſidetis & utrubi: ejus differentiæ ſublatio, tum quid hic jus Canonum, & mores hodierni?*

RETINENDÆ poſſeſſionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam poſſeſſionem, quam jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdicta ſunt *uti poſſidetis* & *utrubi*. Prius eſt de rebus ſoli, poſterius de rebus mobilibus, *l. 1. uti poſſ. l. un. de utrubi.* Utriuſque cauſa olim nonnihil diſſimilis: nunc & cauſa & vis eadem, ut ſi à rebus diſceſſeris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri poſſit: ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent, cùm de proprietate inter aliquos lis eſt, & quæritur, uter ex litigatoribus poſſideat, uter petere debeat, *l. 1. §. 3. uti poſſ.* ubi Ulp. ait, ſi inter litigatores contendatur, uter poſſideat, quia alteruter ſe magis poſſidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos eſſe.

Niſi exploratum fuerit, utrius poſſeſſio ſit] Actio 1
in rem inſtitui non poteſt, niſi certus ſit poſſeſſor,

l. ordinarii. 13. *C. de rei vindic.* Nam, ut alibi demonſtravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda ſunt, à parte actoris dominium, à parte rei conventi poſſeſſio. Quamdiu igitur incertum eſt, quis poſſideat, & commodo poſſeſſionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus eſſe non poteſt, *l. inter.* 62. *de jud.* Ubi Ulp. ſcribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri poſſe, quàm ſi alter petitor, alter poſſeſſor ſit: eſse enim debere, qui onera petitoris ſuſtineat, & qui commodo poſſeſ-
2 ſoris fungatur. Sed qui fieri poteſt, ut duo de retinenda poſſeſſione litigent, cùm duo in ſolidum eamdem rem poſſidere non poſſint? *l.* 3. *§. ex contrario.* 5. *de acq. poſſ.* Nimirum accidere poteſt, ut duo in ſpeciem videantur poſſidere, cùm tamen revera unus tantùm poſſideat. Varii enim ſunt actus poſſeſſorii, & ex quibuſdam eorum uſurpatis plures ſibi poſſeſſionem aſſerere poſſunt, ut proinde de qualitate hujuſmodi actuum ſit cognoſcendum, explorandumque, cujus cauſa potior ſit. Alii reſpondent, abſurdum non eſse, ut etiam duo dicantur eamdem rem ſimul poſſidere, diverſo tamen genere poſſeſſionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter juſtè, alter injuſtè, *l.* 6. *§.* 1. *de acq. poſſ. pr. l.* 3. *pr. uti poſſid.* Quæ & ſententia Sabini fuit, *d. l.* 3. *§.* 5. *de acq. poſſ.* cujus veſtigia cernimus in *l.* 3. *pr. uti poſſ. l. & habet.* 15. *§. eum qui.* 4. *de precar.* Cujac. 5. *obſ.* 22.

Commodum poſſidendi in eo eſt] Poſſeſſoris multo melior, quàm petitoris conditio eſt: nam poſſeſſor non cogitur probare rem ad ſe pertinere, ſed petitori incumbit neceſſitas probandi rem ſuam eſse, atque in ea probatione ceſſante petitore res apud poſſeſſorem remanet, licet ipſe nihil probaverit, *l.* 2. *C. de prob. l. ult. C. de rei vindic. l.* 4. *C. de edend. fac. l.* 128. *de reg. jur.* Quam ob cauſam ei, qui deſtinavit rem petere, hoc conſilium dat Juriſconſultus in *l. is qui.* 24. *de rei vind.* ut videat, num aliquo interdicto nanciſci poſſit poſſeſſionem, atque ita onus probationis
3 in adverſarium derivare. Quid ergo, ſi quis non obſervato hoc conſilio JCti rem vindicare inſtituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non poſſe, quaſi conſilium Juriſconſulti contempſerit, & renuntiaverit poſſeſſioni. Contraria tamen ſententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & juſto errore id factum præſumendum eſt, quàm animo renuntiandi poſſeſſioni aut interdicto, *l.* 12. *§.* 1. *de acq. poſſ.* Similiter qui rem vindicare cœpit, non cenſetur renuntiaſſe interdicto *unde vi. l. cum fundum.* 18. *§.* 1. *de vi & de vi arm.* ubi expreſsè traditur, pendente judicio petitorio poſſe nihilominus interdicto agi: non ſanè ut utrumque ſimul cumuletur, & una ſententia terminetur, ut falsè multi exiſtimaverunt, decepti, *d. l.* 12. *§.* 1. *& d. l.* 18. *§.* 1. ſed ut interim dum de poſſeſſione cognoſcitur, ſuſpendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarii.* 13. *C. de rei vind. l.* 1. *C. de appell. l.* 3. *C. hoc tit.* quæ veriſſima præd. ll. ſententia eſt, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus male major pars ſeceſſionem fecit. Et quamvis Bart. in *d. l.* 12. *§.* 1. aliique citati à Menoch. *de ret in. poſſ. rem. n.* 511. *cum ſeqq.* & Nic. Tuld. *in annot. ad prax. civ.* Damhouderi. *c.* 45. *lit. B.* cum Martino *Gloſſatore*, excipiant interdictum *uti poſſidetis*, quod & ipſi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari poſſe negant; plures tamen Petrum ſecuti contendunt, omne poſſeſſorium cum petitorio concurrere poſſe, vid. Menoch. *d. rem. n.* 539. *& ſeqq.* Nic. Tuld. *d. loc.* Fachin. 8. *contr.* 6. Diod. Tuld. *comm. hic. c.* 3. *&* 4. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 130. *n.* 3. *& ſeqq.* convenit *c. cum dilectus.* 6. *x. de cauſ. poſs. & propr.* & hanc ſententiam uſu receptam tradit Chriſtin. *d. loc.* quamquam non in omnibus tribunalibus. vid. Papon. *lib.* 8. *tit.* 12. *arreſt.* 4. Charond. 4. *reſp.* 28. Nos hanc quæſtionem pleniſſimè excuſſimus *lib.* 2 *ſelect. quæſt. c.* 39.

Quorum vis ac poteſtas plurimam differentiam] 4
Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti poſſidetis* ei, qui rem ſoli poſſideret; alia *utrubi* ei, qui poſſideret rem mobilem. *Uti poſſidetis* ad præſens tempus referebatur, *l.* 1. *§.* 2. *hoc tit.* id eſt, interdicti redditi, hoc modo: *Uti eas ædes, quibus de agitur, poſſidetis, &c. l.* 1. *in pr. uti poſſid.* & videtur huic interdicto adjecta fuiſſe particula *nunc*. *Uti nunc poſſidetis eas ædes, &c. l.* 3. *§. Labeo.* 6. *eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Feſtus prodidit in verb. *poſſeſſio*. *Uti nunc poſſidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Utrubi* verò in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujuſce anni fuit, &c.* His jam conſequens erat, ut interdicto *uti poſſidetis* is vinceret, qui interdicti tempore poſſidebat: *Utrubi* is, qui majore parte anni poſſederat; quod explicatur in *l. majore.* 156. *de verb. ſign.* add. Paul. 5. *ſent.* 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adverſario] *l.* 1. *& paſſ. uti poſſid. l.* 1. *C. eod.* His autem verbis excluditur vitioſa poſſeſſio, non quævis, ſed quæ vitioſè, id eſt, vel vi, vel clam, vel precario ab adverſario obtinetur: nam ſi alter non ab altero, ſed ab extraneo poſſideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor poſſeſſorem tuetur, *l.* 1. *§. ult. & l. ſeq. eod.* Et hoc eſt, quod dicitur in *l. ult. de acq. poſs.* etiam vitioſam poſſeſſionem adverſus extraneos prodeſſe ſolere. VINN. Ad hæc poſſeſſionis vitia vel maximè attendebat prætor. Hinc ubi apud Terent. *Eunuch. act.* 2. *ſcen.* 3. Chærea ait: *Hanc tu mihi vel vi, vel clam, vel precario fac tradas*: eleganter addit Donatus: *Secundum jus loquutus eſt. Nam his tribus mala fide aliquid poſſidetur.* HEIN.

Utriuſque interdicti poteſtas exæquata eſt] Juſtiniani tempore utriuſque interdicti eadem vis ac poteſtas erat, ut is utroque vinceret, id eſt, ei poſſeſſio interim adjudicaretur, qui tempore litis conteſtatæ ſine vitio ab adverſario poſſidebat, ut hìc declarant Compoſitores, à quibus probabile eſt interpolatum eſſe reſponſum Ulpiani in *l. un. §.* 1. *de utrubi*. Jure autem Canonico aliud obſervatur:

Digitized by Google

ratur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non ſufficit poſſidere tempore litis conteſtatæ, ſed is obtinet, eique adjudicatur poſseſſio, qui antiquiorem poſseſſionem probaverit tanquam qui juſtiorem poſseſſionis cauſam habeat, *c. licet. 9. x. de probat.* Eoque jure nunc fere utimur, ut poſt alios teſtantur Damhoud. *prax.civ.* 34. Menoch. *de retin. poſſ. rem.* 3. *n.*714. *& ſeqq.* Vveſemb. *par. uti poſs. n.* 5. & eleganter in *not.ad* Schneid. *in §.pen. hoc tit.* D. Tulden. *comm. hic. cap.* 3. Quod ſi æquè obſcura ſint utriuſque litigatoris jura, ut judici non appareat, uter poſſideat, poſseſsio ſequeſtrari ſolet. Schneid. *ad d.§.pen. n.* 6. & ibi Vveſemb. *in not.* Ant.Fab. *C.ſui lib.*8. *tit.*3. *defin.* 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenue*, ſeu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite poſseſſionis cognoſcitur, ſibi *recredentia* adjudicetur, id eſt, momentanea fiduciaria poſseſſio. Covar. *pr. q.* 17. Aufrer. *in ſtyl. Parlam. tit. de cauſ. novit.* Maſsuer. *in pract. tit. de poſseſs.* Ant. Fab. *C. ſui lib.* 8. *tit.* 4. *defin.* 1. Formulam concluſionis habes apud Merulam *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *n.* 7. In multis locis duplici poſseſſorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo ſuper poſſeſſione cognitio adhibetur; alterum ſummarium, & ſummatiſſimum, quia in hoc tantùm ſummatim judex cognoſcit, uter poſſideat, quo tempore lis movetur. vid. Gail. 1. *obſerv.* 5. *&* 2. *ſeqq.* Menoch. *retin. poſs. rem ultim.* Fachin. 8. *controv.* 15. Chriſtin. *vol.*4. *deciſ.* 142. *n.* 7. *& ſeqq.* Vinn. Et hoc poſseſsorium ſummariſſimum male vulgo comparant interdicto *uti poſſidetis*, quum tamen in illo non ut in hoc diſceptetur de qualitate poſseſſionis, *vi* ne quis poſſideat, an clam, an precario, ſed tantùm quæratur, quis jam in præſenti poſſideat? Hein.

Textus.

De retinenda vel acquirenda poſſeſſione.

5. *Poſſidere autem videtur quiſque, non ſolum ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine aliquis in poſſeſſione ſit, licet is ejus juri ſubjectus non ſit: qualis eſt colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos depoſuerit quis, aut quibus commodaverit, ipſe poſſidere videtur. Et hoc eſt, quod dicitur, retinere poſſeſſionem poſſe aliquem per quemlibet, qui ejus nomine ſit in poſſeſſione. Quin etiam animo quoque ſolo retineri poſſeſſionem placet: id eſt, ut quamvis neque ipſe ſit in poſſeſſione, neque ejus nomine alius; tamen ſi non relinquendæ poſſeſſionis animo, ſed poſtea reverſurus inde deceſſerit, retinere poſſeſſionem videatur. Adipiſci verò poſseſſionem per quos aliquis poteſt, ſecundo libro expoſuimus. Nec ulla dubitatio eſt, quin animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſit.*

Notæ.

5. *Depoſuerit aut commodaverit*] Item per procuratorem, hoſpitem, amicum, *l.*3. *§.* 12. *l.* 9. *& ſeq. l.*30. *§.*6. *& ſeqq. d. tit.* per fructuarium, *l.*6. *§.* 2. *de prec.* ſed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti poſſidetis*, & *unde vi* pro poſſeſſore habetur, *l. ult. uti poſſ. l.* 3. *§.*13. *& ſeq. de vi, & de vi arm.*

Commentarius.

1 *Quid propriè ſit poſſidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ poſseſſionis accommodentur?*

2 *Vetus controverſia circa retentionem & amiſſionem poſseſſionis: quæ à Juſtiniano ſublata.*

3 *Etiam ſolo animo poſseſſionem retineri: & quamdiu?*

4 *Indicatur & refutatur inſignis DD. error.*

5 *Dejectum non poſse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat?*

6 *Ad poſseſſionem acquirendam opus eſse & animo acquirendi & ſimul actu aliquo corporali.*

7 *Amitti poſseſſionem etiam nobis invitis, idque pluriſariam.*

8 *Volentibus nobis amitti etiam ſolo animo.*

Quoniam ſuperiora interdicta ſolum tuentur poſſeſſorem, nec magis ei competunt, qui poſſeſſionem ſemel quæſitam amiſit, quàm ei, qui numquam poſſedit, ideo Juſtinianus hoc loco obiter oſtendere voluit, quis intelligatur poſſidere, quomodo poſſeſſio acquiratur, acquiſita quomodo retineatur.

Non ſolùm ſi ipſe poſſideat, ſed & ſi ejus nomine] Poſſidere auctore Theoph. *§. propen. ſup. per* 1
quas perſ. cuiq. acq. eſt animo & affectu dominantis, *ψυχῇ δεσπόζοντος*, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in poſseſſione ſunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depoſitarius, procurator, amicus, hoſpes, *l.*3. *§.* 12. *l.* 9. *& ſeq. l. qui univerſas.* 30. *§. quod per colonum.* 5. *& ſeqq. de acq. poſs. l.* 6. *§.* 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, ſi hi controverſiam poſseſſionis patiantur, interdicto ad retinendam poſseſſionem experiri non poſse, *l.* 3. *§. creditores.* 8. *uti poſſid.* vid. tamen Menoch. *retin. poſs. rem. ult.* Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.*4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis poſſidet, quàm ſuperiores, *§.* 4. *verſ. idem placet. ſup. per quas perſ cuiq. acq. d. l.* 6. *§.* 2. *de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti poſſidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui ſibi uſum defendat, *l. ult. uti poſſid.* Sed non eſt novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quàm aliis, qui poſſeſſores non ſunt, etſi rem ſimiliter teneant. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l.*3. *§. unde vi.* 13. *& ſeq. de vi & de*

Digitized by Google

vi argum. quod argumentum eſt, eum, licet non poſſideat, tamen pro poſſeſſore in his interdictis haberi, quamdiu uſusfructus perſeverat. Cujac. 9. *obſ.* 33. Don. *ad d. l. un. C. uti poſſ. n.* 5. Joan. à Sande d. *defin.* 2. In ſumma verò, poſſeſſionis parum intereſt, utrum quis juſtè, an injuſtè poſſideat, *l.* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poſſ.* nam & poſſeſſori injuſto interdicta retinendæ poſſeſſionis dantur, modo ne injuſtè poſſideat ab adverſario, *l.* 1. §. *ult. & l. ſeq. uti poſſid.*

In poſſeſſione ſit] Rectè *in poſseſſione.* Nam aliud longè eſt poſſidere, aliud in poſſeſſione eſſe, *l.* 10. §. 1. *de acq. poſſ.* ſicut aliud eſt ſervire, aliud in ſervitute eſſe, §. *ult. ſup. de ingen.* is poſſidet, cujus nomine poſſidetur: qui autem in poſſeſſione ſunt, alienæ poſſeſſioni præſtant miniſterium, *l. quod meo.* 18. *pr. de acq. poſs.*

Retinere poſseſſionem poſse aliquem per quemlibet] Per eos, qui noſtro nomine in poſſeſsione ſunt, puta per ſervum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c poſſeſsio nobis retineri poteſt. Sed nec illis vita decedentibus poſſeſsio amittitur, inque eo veteres omnes conſentiunt. Hoc amplius
2 Proculus putabat, etiamſi ſponte è poſſeſſione diſceſſiſſent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus poſſeſſionem à nobis retineri, *l. cum quis.* 31. *de dol. mal.* Sabinus contra, ſpontanea illa diſceſſione interpellari. Sabini ſententiam ſecutus eſt Africanus *l. ſi de eo.* 40 §. 1. *de acq. poſs.* ſententiam Proculi Paulus *l.* 3. §. *ſi quis* 8. *eod.* Cæterum ſi alii poſſeſſionem tradiderint, poſseſſionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l.* 3. §. *ſed etſi.* 9. quod & apud Julianum relatum eſt, *l. non ſolum.* 33. §. *qui pignori.* 4. *de uſuc.* Papinianus hoc amplius, diſceſſu eorum poſſeſſionem amitti, ſi alius eam ingreſſus fuerit, *l. peregre.* 44. §. *ult. de acq. poſs.* Hanc autem veterum controverſiam ſuſtulit Juſtinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter conſtituit, ut ſive dereliquerint poſſeſſionem, & alius eam occupaverit, ſive poſſeſſionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicii dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. *par. C. eod.* Don. 5. *comm.* 12 Ant. Fab. *dec.* 4 *err.* 2. *& ſeq.* exiſtimant, conſtitutionem illam non pertinere ad caſum, quo in poſſeſſione relictus alii eam tradit, quorum ſententiam aliquando in judicando ſecuta eſt Curia Provincialis Friſiæ, teſte D. Joan. à Sande *lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 1. verius tamen eſſe, quod his conſtitutionis verbis, *vel alii prodiderit*, tradens æquè ac deſerens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox ſubjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & ſequitur Menoch. *rec. poſs. rem.* 14. *n.* 17. *& ſeqq.* Eleganter D. Joan. Decker. *lib.* 1. *diſs.* 3. *n.* 25. Illud conſtat, poſſeſſionem amitti, ſi in poſſeſſione relicti vi dejecti fuerint, *l.* 1. §. *quod ſervus.* 22. *unde vi.*

3 *Animo ſolo retineri poſseſſionem*] Etiam ſolo animo retineri poſſeſſio poteſt, *l.* 4. *C. de acq. poſs.* Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amittendæ poſſeſſionis abeſt, poſſeſſio rebus integris retinetur, *l.* 3. §. *ſed etſi.* 7. *& ſeqq. l.* 6. *in fin. eod.* quamvis neque ſervum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre.* 44. §. *ult. eod.* idque ex jure poſſeſſio mutuata eſt, ut pleraque alia, *l. poſseſſio.* 49. *eod.* & utilitatis cauſa receptum, ne teſtudinis more perpetuo domi nos continere, aut poſſeſſionem amittere cogamur. Enim verò quod dicitur, animo ſolo poſſeſſionem retineri, id ita temperandum eſt, ſi facultas nobis relicta ſit, eam, cùm velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate ſublata etiam inviti poſſidere deſinimus, *d. l.* 3.
§. *Nerva.* 13. Hic autem locus occaſionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui diſceſſit, civilem 4
tantùm poſſeſſionem retinere, non autem naturalem, exiſtimaverint, ſed hanc demum iterum ingreſſo acquiri. Falſo ut mihi videtur. Nam hoc poſito, neceſſario ſequitur, eum qui è fundo egreditur, priorem poſseſſionem non retinere, ſed ea amiſſa novam acquirere, & mox egreſſum hac iterum amiſſa recuperare priorem. Quod ſanè à ratione nimis alienum eſt. Neque poſſeſſio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, ſunt duæ diverſæ ſpecies poſſeſſionum, ſed una & eadem poſſeſſio: unde & in propoſito numquam nova acquiri dicitur, ſed prior retineri. Tantùm modus tenendi & poſſidendi diverſus eſt alius jure, alius corpore conſiſtens, *l. nemo.* 10. *C. de acq. poſs.* Illud à vero abeſt quàm longiſſimè, quod quidam aſſerunt, civilem, quam vocant, poſſeſſionem retineri, ejuſque beneficio interdictum *uti poſſidetis* competere, etiamſi ab alio poſſeſſio vi occupata ſit. Covar. *pract. q* 17. *n.* 5. & alii citati apud Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 142. *n.* 4. Nam poſſeſſio planè amiſſa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulſis vi ab alio occupata eſt, *l.*
6. §. 1. *l.* 25. §. *ult. de acq poſs.* Neque hìc animus ad 5
retinendam poſſeſſionem ſufficit: quoniam ut maximè velimus, eam repetere non poſſumus, *d. l.* 3. §. *Nerva.* 13. *eod.* Et ergo ſi dejectus nullam prorſus poſseſſionem habet aut retinet, nec retinendæ poſſeſſionis remedio juvari poteſt: ſed neceſſarium ei erit interdictum *unde vi*, quod poſſeſſionis recuperandæ cauſa comparatum eſt. Cæterum ſi vetere poſſeſſore non dejecto, & in poſſeſsione adhuc manente, poſseſsio ei minuatur vel turbetur, ſeu vis ei fiat, quominus uti poſsidet jure, ita plenè poſsideat, tunc locus eſt interdicto *uti poſſidetis.* Vid. Joan. Fab. *ad præc.* §. Menoch. *rem. ult. retin. poſs. n.* 17. Chriſtin. *d. deciſ. n.* 6. ubi refert, non ſemel ſupremam Curiam Mechlinienſem cenſuiſſe, poſseſsorem actualem eſse oportere, qui interdicto *uti poſſidetis* experiri cogitat. In ſumma, qui agit interdicto retinendæ poſſeſsionis, duo probare debet, poſseſsionem ex parte ſua, & turbationem ex parte adverſarii. Turbationem, inquam, non ſpoliationem: quia ſi ſe diceret ſpoliatum, ſibi eſset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ poſseſsionis, agere deberet. Ant Fab. *lib.* 8. *C. ſui. tit.* 4. *defin* 8.

Secundo libro expoſuimus] *Tit. per quas perſ.*

cuiq.

Digitized by Google

cuiq.acq. ubi docuit, non ſolùm per noſmetipſos, ſed etiam per eos, quos in poteſtate habemus, non minus poſſeſſionem nobis acquiri, quàm proprietatem: adeoque poſſeſſionem per extraneam quoque perſonam, veluti per procuratorem nobis acquiri poſſe: quod ſingulare eſt, & utilitatis cauſa receptum, *l. 1. l. 8. C. de acq. poſſ.*

6 *Animo ſolo adipiſci poſſeſſionem nemo poſſit*] Acquiſitio poſſeſſionis conſiſtit in apprehenſione rei, conjuncta cum affectu eam pro ſua tenendi, *d. l. 1. §. 3. de acq. poſſ.* Itaque nec animus ſolus ad eam acquirendam ſufficit, nec ſolo corpore acquiri ſine affectione tenendi poteſt: ſed utrumque hìc concurrat neceſſe eſt, & animus acquirendi, & ſimul actus aliquis corporalis, *l. 3. §. 1. & 3. l. 8. cum hæredes. 23. eod.* Etſi autem neceſſe non eſt, ut opera manuum aut pedum ſemper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ poſſeſſionis maximè naturalis eſt, & neceſſaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur, *d. l. 1. §. 1. d. l. 3. §. 3. d. l. 23. eod.* ſemper tamen requiritur actus aliquis præter animum poſſidendi, qui vice corporalis apprehenſionis fungatur, *d. l. 1. §. pen. l. quod meo. 18. §. 2. l. quarumdam. 51. eod. l. 9. §. item. ſi. 6 de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat.* Falluntur enim, qui hujuſmodi caſus à regula exceptos putant, quaſi hìc nudo animo citra ullum actum corporalem poſſeſſio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Juriſconſulti in *d. l. 1. §. pen. & d. l. 51.* Sed illi cùm ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, ſed dumtaxat craſſiorem illam apprehenſionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet, poſſeſſionem ſolo animo retineri poſſe? Quoniam poſſeſſio ſemel quæſita etiam jus poſſidenti parit, quo retento poſſeſſio quoque retinetur. At acquiſitio poſſeſſionis tota pæne facti eſt. Sed & alias quod ſemel acquiſitum eſt, facilius retinetur, quàm initio quid acquiritur. Animo poſſeſſionem acquirere non poſſumus, niſi noſtro: quippe ut nos velimus, in aliis eſſe non poteſt. At corpore etiam alieno, *d. l. 3. §. cæterum. 12. d. l. quod meo. 18. de acq. poſſeſſ. l. ea quæ 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis miniſterio geruntur, nihil intereſt, noſtro corpore, an alieno uta-
7 mur. Amittendæ poſſeſſionis alia ratio eſt: nam non ſolùm volentibus, ſed etiam invitis nobis poſſeſſio amittitur, & invitis plurifariam; veluti ſi res commercio exempta ſit, aut in aliam ſpeciem transformata, *l. qui univerſas. 30. §. 1. & 4. de acq. poſſ.* ſi amplius, cùm velimus, naturalem ejus poſſeſſionem naneiſci non poſſumus, *l. 3. §. quod Nerva. 13. eod.* ſi locum poſſeſſum flumen aut mare occupaverit, *d. l. 3. §. Labeo. 17.* ſi prædones prædium invaſerint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus, *tot. tit. unde vi. l. 3. §. ſi quis. 8. l. 6 in fin. l. ſi id quod. 25. §. ult. de acq. poſſ.* ſi furto aut rapina res mobilis ablata ſit, *l. 15.* ſi in flumen deciderit, ut mergeretur, *l. 13. eod.* Volentibus autem nobis uno tantùm modo poſſeſſio amittitur, nempe ſi hoc animo ſimus, ut nolimus poſſidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi cauſa, in fundo maneamus, ut conſtanter à veteribus traditum eſt *l. 3. §. in amittenda. 6. l. ſi quis. 17. §. 1. & l. ſeq. l. peregre. 44. §. 2. eod.* Neque obſtat huic ſententiæ, quod Paulus ſcribit, poſſeſſionem non amitti niſi eo modo, quo acquiritur, ſeu non amitti niſi animo & corpore, *l. 8. eod. l. fere. 153. de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens conſtituit nolle poſſidere, is non animo tantùm, ſed ob defectum animi corpore quoque poſſidere deſinit: neque enim dici poteſt, corpus poſſidere remoto animo, in quo ſolo eſt affectio tenendi. Itaque in amittenda poſſeſſione, quod quidem volentibus nobis fiat, ſemper utrumque in contrarium agitur. Duar. *ad d. l. 3. §. in amittenda. 6.* Donell. *lib. 5. comm. cap. 13.*

Vinnius in Inſtitut.

TEXTUS.

De interdicto recuperandæ, & affinibus remediis.

6. *Recuperandæ poſſeſſionis cauſa ſolet interdici, ſi quis ex poſſeſſione fundi vel ædium vi dejectus fuerat. Nam ei proponitur interdictum* unde vi: *per quod is, qui dejecit, cogitur ei reſtituere poſſeſſionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario poſſideat. Sed ex conſtitutionibus ſacris (ut ſupra diximus) ſi quis rem per vim occupaverit, ſiquidem in bonis ejus eſt, dominio ejus privatur: ſi aliena, poſt ejus reſtitutionem etiam æſtimationem rei dare vim paſſo compellitur. Qui autem aliquem de poſſeſſione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, ſi ſine armis vim fecerit: ſin autem armis eum de poſſeſſione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non ſolùm ſcuta & gladios & galeas, ſed & fuſtes & lapides ſignificari intelligimus.*

NOTÆ.

6. *Fundi vel ædium*] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet, cùm eo caſu ſufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l. 1. §. 3. & ſeqq. de vi & de vi arm.* quamquam lege Attica pertinebat, ut ſcribit Suidas in ἐξούλης. 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus eſt, habuit, *l. 1. pr. §. 32. & ſeqq. l. pen. d. tit.*

Ex ſacris conſtitutionibus] *l. 5. l. 7. C. unde vi.* vid. *ſup. §. 1. de vi bon. rapt.*

Tenetur lege Julia, &c.] *l. 1. §. 2. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv.* De pœna harum legum eſt in §. 8. *inf. de publ. jud.*

Sin autem armis] Vis armata ideo publica habetur, quod ſolius reip. eſt armis uti.

Digitized by Google

COMMENTARIUS.

1 *Interdictum* unde vi, *quibus, quarum rerum nomine detur?*
2 *Dejici quis intelligatur?*
3 *Etiam fructuario & uſuario hoc interdictum dari.*
4 *Quibus quo caſu ex conſtitutione Conſtantini detur?*
5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adverſario poſſidet. Licere autem dejicientem in continenti rurſum dejicere. Veſtigium juris veteris apud Paulum.*
6 *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio* can. redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur?*
7 *Pœna invaſionis ex ſacris conſtitutionibus, & legibus Juliis.*

AD recuperandam poſſeſſionem *unde vi* interdictum proditum eſt ei, qui vi de poſſeſſione dejectus eſt, quod fusè declaratur ab Ulp. *l.* 1.
1 *& l. 3. de vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantùm, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum verò mobilium poſſeſſionem recuperandam non pertinet: quoniam hìc ſufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l.* 1 §. 5. *& ſeqq*: Idemque eſt, ſi quis de nave aut vehiculo dejiciatur, *d. l.* 1. §. *ſi quis.* 7. Paul. 5. *ſent.* 6. videlicet ſi navis aut vehiculum ſimul abducatur: alias dejecto injuriarum dumtaxat actio datur. Planè de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus eſt, tunc cùm dejiceretur, habuit, placet, etiam hoc interdictum reddi: quia verum eſt vi de eo loco dejectum eſſe, *l.* 1 *pr.* §. *ſi fundus.* 32. *& ſeqq. l. pen eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari poteſt, quæ & cujus æſtimationis res direptæ, & deperditæ fuerint, cautum eſt, ut ei de qualitate & æſtimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui rectè facturus ſit, ſi prius quàm jusjurandum deferat, pro perſonarum & negotii qualitate modum ſtatuat, quem jurando non liceat excedere, *l. ſi quando.* 9. *C. eod.* Hoc interdicto ex conſtitutione Juſtiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam poſſeſſionem ſciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cùm jure veteri non aliter hoc caſu interdicto locus eſſet, quàm ſi reverſus dominus ab ingreſſu prædii prohiberetur, *l.* 6. *in fin. de acq. poſſeſſ. d. l.* 1. § *ſive autem.* 24. *unde vi.* Dou. *ad d. l. ult. num.* 8. D. Tuld. *ad eumd. tit. C. num.* 4. Menoch. *recup. poſſ. rem.* 3.

2 *Dejectus fuerit*] Dejici intelligitur is ſolus, qui poſſidet: unde & huic ſoli interdictum *unde vi*, competit, *d. l.* 1. §. *non alii.* 45. *unde vi.* Et ideo ſi colonus, inquilinus, procurator, hoſpes, aut alius, qui noſtro nomine in poſſeſſione eſt, dejectus ſit, interdicto nos ſoli experiemur. Nam ut iſti non poſſident, ſed nos per eos poſſidemus; ſic iis dejectis, non ipſi dejecti intelliguntur, ſed nos, qui per eos poſſidebamus, *d. l.* 1. §. *quod ſervus.* 22. *l. ult. eod.* Planè fructuario & uſuario etiam hoc 3
interdictum datur, licet & ipſi non magis, quàm ſuperiores poſſideant, *l.* 3. *unde.* 13. *& ſeqq. eod.* Sed is plus tribui ſolet, quia emolumentum rei ſuo jure percipiunt: quàm aliis, qui poſſeſſores non ſunt, ut demonſtratum § *præced* Conſtanti- 4
nus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, qui abſentia dominorum confidentiores facti dejiciunt eos, qui abſentis nomine in poſſeſſione ſunt, ſpe impunitatis ſibi propoſita, eo quod neque dominus abſens ſubvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui abſentis nomine in poſſeſſione fuerunt, & inde dejecti ſunt, hoc interdicto ſive actione ad poſſeſſionem recuperandam nomine domini abſentis experiri permiſit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones ſuas integras conſervavit, *l.* 1. *C. ſi per vim vel alium mod. poſſ.* add. Menoch. *recup. poſſ. rem.* 6.

Cogitur reſtituere poſſeſſionem] Et præter poſſeſſionem occupatam fructus quoque omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus eſt, venire potuiſſet, ſi dejectus non foret, *d. l.* §. *ex die.* 40. *& ſeq l. ſi vi me.* 15. *unde vi. l.* 4. *C. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit] In interdicto *uti poſſidetis* ſuccumbit, qui ab adverſario vel vi, vel clam, vel precario poſſidet, §. *retinendæ.* 4. *ſup. eod* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vin- 5
cit. Nimirum in hoc interdicto viſum eſt, dejectum ſtatim & ſine exceptione reſtituendum eſſe, ne occaſio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, ſed in continenti & fervente adhuc congreſſu, dejicientem rurſus dejecit, is non tenetur hoc interdicto: quia, quod licet, vim vi repulit, *l.* 3. §. *cum.* 9. *eod.* ac proinde poſſeſſio in priſtinam cauſam potius reverſa, quàm ille vi poſſidere intelligendus eſt, *l. qui poſſeſſionem.* 17. *eod* Cujac. Hotom. *hic.* Duar. 1. *diſp.* 20. id, quod hic Juſtinianus ait, referunt ad vim armatam ſeu publicam: nam quod ad vim privatam ſeu quotidianam attinet, exiſtimant, poſſe me hac vi adhibita, eum, qui à me vi, clam, vel precario poſſidet, impune etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib.* 5. *ſent.* 6. ſignificare his verbis: *Qui vi, aut clam, aut precario poſſidet ab adverſario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Juſtiniani: & hodie ſic obtinet auctoritate hujus textus, ut indiſtinctè vincat hoc interdicto, qui vi quacumque à quocumque dejectus eſt, teſte D. Menoch. *recup. poſſ. rem.* 1. *n.* 7. Jure civili hoc interdicto tantùm tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem poſtea poſſidere cœpit, *l.* 7. *unde vi.* Canones autem id extenderunt etiam ad- 6
verſus tertium ſpolii poſſeſſorem, dummodo ſciat vim factam eſſe: quoniam hoc ipſo ſe ſocium delicti facit, *cap. ſæpe.* 18. *de reſt. ſpol.* Qui autem bona fide & juſto titulo poſſeſſionem nactus eſt, non tenetur. Menoch. *recup. poſſ. rem.* 5. *q.* 13. Iidem Canones & pinguis remedium poſſeſſionis recuperandæ introduxerunt, *can. redintegrandæ.* 3. *quæſt.* 1. nempe etiam rei mobilis per vim amiſſæ. Quod hodie frequens eſt, & in foro quoque ſæcu-

lari

Digitized by Google

lari obtinet. De quo vid. Menoch. *d. rem.* Gail. 2. *obſ.* 75. Mynſ. 3. *obſ.* 85. Cacheran. *dec.* 93. Ant. Fab. *C. ſui lib.* 8. *tit.* 3. *defin.* 1. *& paſſim.* Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 135. *n.* 17. *& ſeqq. item deciſ.* 140. *n.* 4. *& ſeqq. & deciſ. ſeq. n.* 4. *& deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in cauſa interdicti *unde vi* ſive *complainčte*, ut vocant, docet Merula *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 1. *tit.* 3. *cap.* 5. *& ſect.* 3. *tit.* 1. *c.* 2. *ex Inſtruct. Cur. Holland. art.* 39. *&* 3. *ſeqq.*

7 *Ex ſacris conſtitutionibus*] Qui violenter poſſeſſionem rei apud alium conſtitutam invaſit, is non tantùm tenetur interdicto *unde vi*, ſed alias etiam pœnas ſuſtinet, tum ex ſacris conſtitutionibus, tum ex legibus Juliis de vi publica & de vi privata. Conſtitutionibus hæc pœna invaſori imponitur, ut ſi rei dominus eſt, dominium ejus amittat: ſi aliena eſt, cum re alterum tantum vim paſſo reſtituat, *l.* 5. *l.* 7. *unde vi.* Eademque pœna poſtea placuit etiam mulctandos conductores cæteroſque alienæ poſſeſſionis detentores, qui ſine juſta cauſa recuſant rem reſtituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recuſatione perſeverant, donec à judice condemnentur, *l. non abs re.* 10. *C. eod.* de quo plura dixi *ſup. ad pr. de locat.*

Ut ſupra diximus] §. 1. *vi ben. rapt.* ubi didicimus, eamdem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ diſtinximus, & qua quæque pœna coerceatur, tum à prætore, tum legibus & principum conſtitutionibus, obiter notavimus *ſub rubr. eod.*

Lege Julia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Juliis de vi publica & de vi privata proſpectum eſt, *l.* 1. §. 2. *unde vi.* Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de poſſeſſione expulit, *l.* 3. §. 2. *de vi publ.* De vi privata, qui ſine armis, *l.* 5. *de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod ſolius Reipubl. eſt armis uti. De pœna harum legum eſt in §. *item lex.* 8. *infr. de publ. jud.*

Armorum appellatione] Vid. *l. armorum.* 41. *de verb. ſign. l. armatos.* 9. *de vi publ. l.* 3. §. *unde vi.* Ciceronem in Or. *pro Cæcinna.*

TEXTUS.

Diviſio tertia.

7. *Tertia diviſio interdictorum eſt, quod aut ſimplicia ſunt, aut duplicia. Simplicia ſunt, veluti in quibus alter actor, alter reus eſt: qualia ſunt omnia reſtitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is eſt, qui deſiderat aut exhiberi aut reſtitui: reus autem is eſt, à quo deſideratur, ut reſtituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia ſimplicia ſunt, alia duplicia. Simplicia ſunt, veluti cum prætor prohibet in loco ſacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor eſt, qui deſiderat, ne quid fiat: reus eſt, qui aliquid facere conatur. Duplicia ſunt, veluti* uti poſſidetis *interdictum &* utrubi. *Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriuſque litigatoris in his conditio eſt: nec quiſquam præcipue reus, vel actor intelligitur, ſed unuſquiſque tam rei quàm actoris partes ſuſtinet.*

NOTÆ.

7. *Cùm prætor prohibet in loco ſacro, &c.*] Simplicia quoque ſunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *d. l.* 2.

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quàm adipiſcendæ poſſeſſionis?*

TErtia hæc diviſio ſumpta eſt à perſonis litigantium. Quædam enim interdicta ſunt, in quibus uterque litigator unam tantùm perſonam ſuſtinet, nempe vel actoris vel rei: qualia ſunt, in quibus prætor ſingulari numero utens unum tantùm alloquitur, veluti: *Unde vi tu illum dejeciſti, eo illum reſtituas. Ne quid in loco ſacro facias, inve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines exhibeas.* Quædam in quibus uterque ſuſtinet perſonam duplicem, & actoris ſcilicet & rei: qualia ſunt: in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit, veluti: *Uti poſſidetis, quominus ita poſſideatis,* &c. *Uti alter ab altero fruimini, quominus ita fruamini, l.* 1. *in pr. de ſuperfic.* Hinc illa ſimplicia, hæc duplicia dicta ſunt. Extat hæc diviſio apud Paulum, *l.* 2. *pr. hoc tit.* 1

Duplicia ſunt, veluti uti poſſidetis: & utrubi] Ejuſdem generis interdictum eſt, quod de ſuperficiebus proponitur, *l.* 1. *pr. &* §. 2. *de ſuperfic.* Alibi hæc interdicta eodem ſenſu dicuntur mixta, *l. actionis.* 37. §. 1. *de obl. & act.* Paulus *l.* 2. *hoc tit. in fin.* ſcribit, etiam eſſe quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis. Sed Cujac 4. *obſ.* 11 negat, ullum hujuſmodi interdictum dari. Quippe fieri non poſſe, ut quis ſimul agat, & ad poſſeſſionem jam primum adipiſcendam, & ad amiſſam recuperandam: hæc enim repugnantia eſſe; ac proinde verba illa *tam recuperandæ quàm adipiſcendæ poſſeſſionis*, vel transferenda eſſe in *l. ſeq.* vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri poteſt, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum poſſeſſionem adipiſci ſtudet, & illi litem, qui de amiſſa recuperanda ſolicitus eſt. Cujuſmodi eſt interdictum, ne vis fiat ei, qui in poſſeſſionem miſſus eſt. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in poſſeſſionem venire; & is, à quo quis poſſeſſione pulſus eſt, *l.* 1. §. 3. *illo tit.* 2

Par utriuſque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique cenſent, qui prior ad judicium provocavit, *arg. l. in tribus.* 13. *de judic.* idque non tantùm quoad litis ordinationem, ſed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum abſolvi. DD. comm. in *d.*

Digitized by Google

l. 13. Schneid. *hic. n.* 5. *& ibid. in not.* Vveſemb. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 141. *n.* 6.

TEXTUS.

De ordine & vetere exitu.

8. *De ordine & vetere exitu interdictorum ſupervacuum eſt hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur, (qualia ſunt hodie omnia judicia) non eſt neceſſe reddi interdictum: ſed perinde judicatur ſine interdictis, ac ſi utilis actio ex cauſa interdicti reddita fuiſſet.*

NOTÆ.

8. *Qualia hodie omnia judicia*] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia ſunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non obſervatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta?*

HIc locus à me expoſitus eſt *ſub pr. hujus tit.* Pro *exitu*, Hotomanno legendum videtur *ritu*; ut agendi, ſive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hìc ſignificatur, quàm ritus & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id eſt, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id eſt, de effectu. Sic exitus actionis, *l.* 10. §. 14. *quæ in fraud. cred.* exitus controverſiæ poſſeſſionis, *l.* 35. *de acquir. poſſeſſ.* Theoph. περὶ τ ἐκβάσεως ϗ τῦ ἀποτελέσματος.

Qualia ſunt hodie omnia judicia] Ait, ſuo tem-
pore judicia omnia extraordinaria fuiſſe. Ordi- 1
naria judicia dicebantur, in quibus ordine & more uſitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more prætor aditus non ipſe judicabat, ſed quibuſdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, miſſis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoſcerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis obſervari ſolebat, *l.* 1. §. 2. *ſi ventr. nom.* Exceptæ erant quædam cauſæ, de quibus ipſe prætor ex officio cognoſcere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipſo prætore, inde illæ cauſæ dictæ ſunt prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* Poſtquam autem vetus ille mos dandorum judicum ſublatus eſt, magiſtratibuſque injunctum, ut ipſi de cauſis cognoſcant & judicent, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque ſenſu ac reſpectu puto Juſtinianum quoque hic dixiſſe, judicia omnia nunc extraordinaria eſſe. Alioqui certè poſtquam ordinarium eſſe cœpit, ut ipſi magiſtratus judicent, non poſſunt judicia, quæ à magiſtratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. quæ ſcripſimus *ad princ. ſup. de actionibus.* VINN. Interdicta olim quidem erant extraordinaria judicia. Sed tamen, ſi jam interdixerat prætor, & adverſarius negabat, rectè & jure interdictum eſſe, partes remittebantur ad jus ordinarium, & hinc recuperatores, vel judices dabantur, *l.* 1. §. 41. *ff. de vi & vi arm. l.* 3. §. *ult. ff. uti poſſ. l.* 3. §. 3. *de itin. & act. priv.* Cic. *pro Cæcin. c.* 2. 8. *&* 17. Quintilian. *Inſt. Orat. lib.* 7. *cap.* 5. *lib.* 12. *cap.* 10. Frontin. *de limit. agr. p.* 41. *& ibi* Agg. Urbic. HEIN.

TITULUS DECIMUSSEXTUS.

DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

COgnito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Juſtiniano viſum eſt, aliquid ſubjungere de pœna, qua coerceantur, qui eo jure abeuntes, vel temeritate & inconſiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, ſive intendendo litem, ſive excipiendo.

TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi ſumus, magnam curam egiſſe eos, qui jura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis ſtudio eſt. Idque eo maximè fieri poteſt, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo juriſjurandi religione, modo infamiæ metu coerceatur.

NOTÆ.

Qui jura ſuſtinebant] Id eſt, legumlatores, magiſtratus, juriſperiti, *l.* 21. *de reb. cred. l.* 13. *C. de jud. c.* 2. *x. de ſent. & re jud.* Suet. *in Veſp. cap.* 10.

Modo pecuniaria pœna] Reus in iis cauſis, quæ inficiando creſcunt, §. 19. 23. *&* 26. *ſup. de act.* actor pœna plus petitionis, §. 33. *ſup. d. tit.*

Infamiæ metu] Ut in judiciis famoſis, § 2. *inf. eod.* Sed & φιλοδίκοις infamia ſequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Cauſæ litium præcidendæ: lites exortæ ſtatim ſopiendæ: temere litigantes coercendi.*

LEgiſlatorem, auctore Platone, in id unicè incumbere oportet, ut civitatem, quoad fieri poteſt, redigat quaſi ad unitatem, hoc eſt, ad con-

cor-

Digitized by Google

cordiam & unanimitatem. Itaque cùm nulla ſit res, quæ concordiam & civium inter ſe conſenſum magis turbat, quàm litium multitudo & frequentia, danda opera eſt, non tantùm ut cauſæ litium præcidantur, lites exortæ confeſtim dirimantur: cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem ſuum monuit Iſocrates; ſed etiam ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia quàm improbè calumniantium malitia compeſcatur. In hunc finem quoque inſtitutæ fuerunt ſponſiones illæ, quibus litigatores ſe mutuo provocabant, *ni veram bonamque cauſam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem, tum etiam ſacramenta, bonæ fidei & cauſæ pignora, inter quæ & ſponſiones quid interſit, ex Varrone, Feſto, Aſconio docet Hotomannus *in Quintiana*.

Modo pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu coercetur. Multam intelligit, ſi reos ſpectemus in iis cauſis, quæ inficiando creſcunt, quales ſunt, damni injuria dati, depoſiti miſerabilis, piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis, de qua explicatum ſub §. *ſi quis agens*. 33. *ſup. de action.* Jusjurandum autem calumniæ ſignificat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, *διότι τὸ μὴ ἀτιμωθῆναί τινα καὶ στερηθῆναι τοῦ καλῶς πολιτεύεσθαι, ἤτοι καθαρῶς, μέγα καὶ φοβερόν*. Theod. Hermop. *ad l.* 104 *de reg. jur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famoſis. De quibus explicabit inferius §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex conſtitutione noſtra defertur. Nam reus non aliter ſuis allegationibus utitur, niſi prius juraverit, quod putans ſe bona inſtantia uti ad contradicendum pervenit. At adverſus inficiantes ex quibuſdam cauſis dupli actio conſtituitur; veluti ſi damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quàm ſimpli eſt actio, veluti furti manifeſti, quadrupli; nec manifeſti, dupli. Nam ex his & aliis quibuſdam cauſis, ſive quis neget, ſive fateatur, pluris quam ſimpli eſt actio. Item actoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex noſtra conſtitutione, quod non calumniandi animo litem moviſſet, ſed exiſtimando, ſe bonam cauſam habere. Utriuſque etiam partis advocati jusjurandum ſubeunt, quod alia noſtra conſtitutione comprehenſum eſt. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta ſunt: quæ in deſuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actores multabat; quod nuſquam factum eſſe invenimus; ſed pro his introductum eſt & præfatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impenſas litis inferre adverſario ſuo cogatur.*

NOTÆ.

1. *Conſtitutione noſtra*] Extat in *l.* 2. *C. de jurejur. prop. calum. dand.*

Putans ſe bona inſtantia uti] Id eſt, reus jurat, ſe *δικαίαν νομίζειν τὴν ἀντίῤῥησιν τῆς δίκης*. Nov. 49. *cap. ult.* § 1. Eſt igitur inſtantia, ſive *ἔνστασις*, defenſio, ſeu contradictio rei. Inſtare, *ἐνίστασθαι*, contradicere, *ἀντιλέγειν*. Theoph.

Vel tripli] Theoph. *εἰς τὸ τετραπλοῦν*, *in quadruplum*. Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Theoph. *εἰς τὸ τετρ.* expungenda ſunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio eſt. Cujac. Hotoman. Fabrot.

Actoris quoque calumnia] Jurat actor, ſe non calumniandi animo litem intendere, ſed quod exiſtimet ſe bonam cauſam habere, *d. l.* 2. *C. de jur. propt. cal.* Hinc apparet, hoc genus jurisjurandi magis eſſe opinionis quàm aſſertionis: nec perjurum dici poſſe, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1 *Jusjurandum calumniæ à Juſtiniano revocatum qui præſtent, & quale id ſit?*
2. *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in ſingulis cauſis.*
3 *Victum in lite etiam in impenſas & damna condemnandum, niſi juſtam cauſam litigandi habueris; & damnandum, etiamſi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa ſuperiora omnia.*

JUsjurandum calumniæ, quod apud veteres 1
uſurpatum, *l. inter cohæredes*. 44. § *qui familiæ*. 4 *fam. erc.* in deſuetudinem poſtea abiiſſe videtur, 2
Juſtinianus revocavit, *l.* 2. *l.* 6. *C. de jurej. propt. cal. dand.* ubi ſancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret; primum actor, ſe non calumniandi animo litem intendere, ſed quod exiſtimet, ſe bonam cauſam habere: deinde reus, ſe non dolo malo, aut negotii faceſſendi cauſa actori contradicere, ſed quod putet, ſe bona inſtantia uti, & juſtè ad inficias ire. Nov. 49. *cap. ult.* §. 1. ubi jubetur reus jurare, ſe *δικαίαν νομίζειν τὴν ἀντίῤῥησιν τῆς δίκης*. Unde apparet, hoc jusjurandum magis eſſe opinionis, quàm aſſertionis, nec perjurum dici poſſe, qui non obtinuit. Perez. *ad d. tit. C. n.* 3 Ex conſtitutionibus novellis jurant pariter ambo nihil ſe prorſus differendi vel corrumpendi judicii cauſa feciſſe facturoſve eſſe, Nov. 49. *auth. hoc Sacramentum*, & *auth. in iſto. C. eod.* Nov. 124. *c.* 1. *auth. Principales. C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione ſunt, jurant tutores curatoreſve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet

net & in cæteris rerum alienarum legitimis administrationibus, *d. l. 2. §. 2. & ſeq junct. d. auth. principales*. Jurandum autem eſt apud judicem, qui de cauſa cognoſcit. Cæterum ſi vel perſonæ dignitas, vel ſexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi jurantis excipiat, præſente adverſario ejuſve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. §. 1 C. eod.* Jure pontificio etiam permiſſum eſt, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen ſpeciale mandatum exigitur, *c. cum cauſam. 6. de jur. calum. c. 3. §. gen. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine abſentium jurari ſolet. Gudelin. *lib 4. de jur. noviſſ. cap. 8. in fin.* Gail. 1. *obſ.* 23. 88. & *ſeqq.* Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8. cap. 4.*

Adverſus inficiantes ex quibuſdam cauſis] Ex damni injuria dati, depoſiti miſerabilis, & piorum legatorum cauſa lis inficiatione duplatur, *§. ſed furti. 26. ſup. de act.* ubi hac de re ſatis copioſe dictum eſt. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda ſunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio eſt. Sed neque in vetuſtis codicibus ea reperiri teſtatur Cujac. Hotom. Pacius.

Pluris quam ſimpli actio eſt] Ex furti cauſa lis etiam ſine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet, quoniam temeritatem litigantis non coercet; voluitque Juſtinianus tantum obiter indicare diſſimilitudinem cauſarum.

2 *Utriuſque etiam partis advocati*] Etiam à patronis cauſarum ſeu advocatis jusjurandum ſimile ſuperiori, & in cauſa qualibet exigitur, ut ſcilicet jurent, ſe integro animo cauſam clientis ſui ſuſcipere, nec falſi patrocinii ſibi conſcios eſſe: nullam ſe operam, nullumque ſtudium in cauſa clientis ſui intermiſſuros: denique ſi quid malitioſè aut improbe fingi in ea poſtea deprehenderint, ejus ſe patrocinium protinus omiſſuros, *l. 2 pr. C. de jur. propt. cal. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil ſimile jus civile diſpoſuit: ſed jure pontificio cautum, ut non obſtante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum ſimiliter ſuo nomine jurent, *cap. cum cauſam. 6. de jur. calum. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumniæ actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æſtimationis litis, expenſarum nomine, mulctabantur, *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Juſtinianus, licet deſuetudine jam obliteratam. Eamdem tamen reſtituit, atque in uſum revocare conatus eſt *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromiſſione, ſed ſatisdatione fieret.

3 *Damnum & impenſas*] Appendix ſententiæ eſt condemnatio in ſumptus & expenſas litis. Conſtitutum namque eſt, victum in lite in expenſas litis & cætera damna victori condemnandum *l. eum quem 79. de judic. l. properandum. 13. §. ſive autem. 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expenſ. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodeſt ejurafſe calumniam: ut enim verè de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari poteſt, quod temere adverſarium ſuum in jus vocaverit, *d. l. eum quem. 79 de judic.* Planè ſi quis juſtam cauſam litigandi habuiſſe videatur, quod interdum accidit, vel quia res obſcura eſt, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris cara ex diſcrepantibus Doctorum ſententiis opinionibus, hic, etſi victus eſt, ab onere expenſarum excuſatur, *d. Nov. 82. c. 10. auth. ſ. ut properandum. in fin. C. de judic.* idque judicis religioni & prudentiæ æſtimandum ſemel relinquitur: neque tam ex jure ſcripto, quam ex uſu judiciorum peti debet. conf. DD. in *d. l. eum quem. 79. de judic. & d. l. properandum 13. C. eod* Covar. *pr. q. 27 num 5.* Viv. *lib. 1. opin. 425.* Menoch. *arbitr. lib. 2. cent. 2. caſ. 177. & 1. præſumpt. 55.* Gail. 1. *obſ.* 151. & *ſeq.* Gudelin. *lib. 4. de jur. noviſſ. cap. 13.* D. Tulden. *comm. hic, c. 3.* Chriſtin. *vol. 1. deciſ. 266. & vol. 4. deciſ. 97. cum ibi citat.* Sichard. in *d. l. properandum. 13. §. ſive autem. 6 & in l. ſancimus. 15. C. de judic.* Porro præter impenſas in ipſam litem factas, etiam cætera damna adverſarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expreſſe docet: ſed intrinſeca tantùm, non extrinſeca, ut vulgo diſtinguunt. Sichard. *ad d. l. ſancimus. 15. n. 9 & ſeq.* Theſaur. *deciſ. 67* Quid ſi victor propriam cauſam egerit? etiamne hic ſalarii ratio habenda? Vid. Mynſ. 1. *obſ. 2.* Gail. 1. *obſ.* 151. *n* 16. Trentac. 2. *pr. reſ. tit. de poſtul. n. 3.* Gudel. *d. c. 13* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 102. n. 1.* Illud etiam tenendum eſt, quamvis expenſæ nominatim petitæ non ſint, nihilominus tamen victum cauſa cognita victori in eas condemnandum eſſe, uſque adeo ut ſi judex hanc condemnationem omiſerit, rem periculi ſui faciat, *d. l. properandum. 13. §. ſive autem. 6. d. Nov. 82. c. 10.* Nic. Valla *de reb. dub. tract. 1. n. 18.* Gudelin. *cap. 13. verſ. cæterum.* Sichard. *ad d § ſive autem. 6. n. 18.* ubi hanc ſententiam in puncto juris veram eſſe fatetur poſt Salic. *ibid* licet Bart. & comm. DD. contrarium teneant. Facta autem impenſarum declaratione, judex eas taxare, & ſuper iis juramentum victori deferre debet. Sichard. in *d. §. ſive autem. 6. n. 16.* Gudelin. *d. cap. 13.*

Atque hæc quidem jure ſcripto ſic obtinent; 4
cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur, & vis jurisjurandi calumniæ in pleriſque tribunalibus uſus eſt. D. Gudelin. *lib. 4. de jur. nov. cap. 8 in fin.* Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 8. cap. 1.* Vveſemb. *par. de jurejurand. 9.* Chriſtin. *volum. 2. deciſ. 147.* de quo queritur D. Diod. Tuld. *lib. 4. de cauſ. corrupt. jud. cap. 14.* Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio judicii à litigatoribus ſuper tota lite jure communi præſtandum eſt: nam quod interdum poſtea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, *l. jusjurand. 34. §. 4. de jurejur.* id moribus adhuc obtinet. Vveſemb. *d. n 9.* Sed neque adver-

advocati aut procuratores amplius in ſingulis cauſis jusjurandum præſtant; verùm ſemel in univerſum, cùm deſignatur, ſive ad poſtulandum agendumve pro aliis admittuntur. Perez. *ad tit. C. de jur. propt. cal.* Gudelin. *d. c.* 8. *in fin.* Merul. *d. tit.* 8. *cap.* 3. *&* 4. quod tamen jusjurandum quotannis ſtatis temporibus apud nos renovare tenentur, *art.* 71. *Inſtr. Cur. Holl.* Jure communi ipſi quoque judices in ſingulis cauſis ſacramenti religione obſtringuntur, ut jurent, ſe ex vero & legibus judicaturos, *l. rem non novam.* 14. *in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantùm jusjurandum dant in ingreſſu muneris, quod in cauſis ſingulis pro repetitio habetur, *arg. auth. Hoc ſacramentum. C. de jurejur. propt. cal.* Vveſemb. *ad tit. C. de ord. jud. num.* 5. Porro nec uſu hodierno recepta eſt actio illa decimaria, quam diximus Juſtinianum, obliteratam antea & hìc repudiatam, poſtea in uſum revocare ſtuduiſſe *Nov.* 112. Gudelin. *d. lib.* 4. *c.* 13. *in fin.* Quæ verò dicta ſunt de condemnatione in expenſas litis, & cætera damna adverſarii, ea fere hodieque obtinent, niſi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc ſolet, quàm ſi petita fuerint; non quod judex non poſſit ex officio victori impenſas adjudicare, etiamſi petitæ non ſint; ſed quia, ut Bart. Bald. & DD. comm. in *d. l. properandum.* 13. *§. ſive autem.* 6. *C. de judic.* cenſent, & uſus judiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impenſæ ſatis petitæ intelliguntur ſecundum pleroſque, ſi libello, ut fieri ſolet, adjecta ſit clauſula, *ut ſuper omnibus optimo quoque modo jus & juſtitia adminiſtretur.* Gail. 3. *obſ.* 151. Mynſ. 4. *obſ.* 55 Damhoud. *prax. civ. cap.* 108. *& ibi in annot.* Nic. Tulden. Merul. *d. ſect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. *num.* 15. Gudelin. *d. cap.* 13. Victor quas fecit impenſas libello complectitur, & adverſarius quantitatem earum deminuit; ac demum judex vi taxationis in ſententia ſibi reſervatæ, utraque parte audita, modum earum conſtituit, *art.* 95. *& ſeq. Inſtruct. Cur. Holl* Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 5. *tit.* 15. *& ſeq* Gudelin *d. cap.* 13. *verſ. ult.* Temerarii litigatores apud nos mulctantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Parres Curiæ litem temere aut intendit aut ſuſcipit, præterquam quod cauſam amittit, & impenſarum damnum ſentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in ſummam trium florenorum, in perſonalibus in triceſimam partem ejus, quod petitum eſt, ut tamen hæc pœna non excedat ſummam ſex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem aſſium; in perſonalibus pœna quinquageſimæ æſtimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur ſummam trium florenorum, *art.* 22. *ord. Juſtit.* Quod ſi quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temere provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art.* 211 *Inſtruct. Cur. Holland.* & à Curia temere appellans ſupremum Senatum, in florenos quinquaginta, *art.* 232. *Inſtruct. ſup. Senat.* quæ pœnæ fiſco cedunt, uti ſuperiores officiario; add. *noviſſ. ampliat. Inſtruct. Cur. Holl. edit. ann.* 1644.

Textus.

De infamia.

2. *Ex quibuſdam judiciis damnati ignominioſi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depoſiti, directis, non contrariis actionibus: item pro ſocio; quæ ab utraque parte directa eſt: & ob id quilibet ex ſociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non ſolum damnati notantur ignominia, ſed & pacti: & rectè; plurimum enim intereſt, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor ſit.*

Notæ.

a. *Directis, non contrariis actionibus*] d. l. 1. Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur: ſed tantùm de calculo & ſuppuratione ejus, quod contrario judicio agenti abeſt, *d. l. 6. §. ult. l. 5. depoſ.* Nemo autem notatur, niſi qui ex his cauſis ob dolum ac perfidiam damnatus ſit, *d. l. 6. §. ult. d. l. 5. depoſ.*

Sed & pacti] *d. l. 1. l. 4. §. ult. d. tit.* Ratio eſt, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciſcitur, *l 5. eod.* utique ſi cum pretio quantocumque pactus ſit: non ſi gratis remiſſa ſit actio. Inhumanum enim eſſet, veniæ nullum locum dari, *d. l. 6. §. 3.*

Commentarius.

1 *Judicia civilia ex delicto, quæ, qua conditione concurrente, famoſa?*
2 *Famoſam non eſſe actionem quod met. ca. neque interdicta, neque condictiones, quamvis ex famoſis cauſis.*
3 *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus judicia famoſa?*
4 *Cur non omnia judicia bonæ fidei famoſa?*
5 *In actionibus famoſis ex delicto, etiam pactos, infamia notari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cur tam variè?*

POena infamiæ non tam temeritatis pœna eſt, quàm doli, & certis dumtaxat ex cauſis judicio civili damnatis infligitur: quales ſunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hìc recenſentur. Judicia quidem criminalia & ipſa ut plurimum famoſa ſunt: ſed ea huc non pertinent.

Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, 1
de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda eſt, vel à qua non eſt provocatum, vel quæ confirmata eſt, *l. 6. §. 1. eod.* Addit prætor in edi-

Digitized by Google

edicto, ſi damnati ſint ſuo nomine, *l.* 1. *l.* 4. §. *ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores, & curatores, qui alieno nomine conventi, tametſi ipſi condemnentur, infamiæ tamen notam non ſubeunt, *d. l.* 6. §. 2. Famoſa quoque ſunt judicia ſepulcri violati, *l.* 1. *de ſepulchr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod eſt gravius judicio furti, *l. ſi te.* 12. *C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ eſt adverſus mulierem, quæ ut in poſſeſſionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem ſe adſeveravit, cùm prægnans non eſſet, aut ex alio concepiſſet,
2 *l. notatur.* 15. *cum* 4. *ſeqq. eod.* Actio autem quod metus cauſa famoſa non eſt, quoniam in hac ſatis viſum quadrupli pœna contumaciam coerceri. Don. 15. *comm.* 40. Sed neque ulla interdicta famoſa ſunt, quamvis ſint ex cauſa delicti, *l. neque.* 13. *unde vi.* Poſtremo nec inter cauſas famoſas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etſi ponamus, conſulto & malo animo damnum datum eſſe, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Hotom. *hìc.* Illud conſtat, in condictionibus ceſſare ignominiam, quamvis ex famoſis cauſis deſcendant, *l. conſtat.* 36. *de obl. & act.* veluti in condictione furtiva, & actione rerum amotarum, *per l. pen. de cond. furt. l. rerum.* 26. *de act. rer. amot.*

3 *Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio*] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiſcentia, tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio, famoſa ſunt, notanturque his judiciis damnati, ſi tres hæ conditiones concurrant; ſi quis ſuo nomine; ſi de dolo ac perfidia ſua; ſi directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum cauſis ſuperioribus communis eſt, *l.* 1. *l.* 4. §. *ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos ſolùm, qui ſuo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque ſi quis judicio famoſo conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum eſt, ut & ipſe infamiam effugiat, quia non condemnabitur, ſed procurator ejus, *l.* 1. *C. de ſent. & interloc.* neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine, *d. l.* 6. §. 2. De hærede quoque ideo eodem loco dicitur: nimirum etſi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in ſolidum teneatur, & lite conteſtata pœnales quoque ex delicto contra eum tranſeunt, *l.* 12. *l. omnes.* 26. *l. ex contractibus.* 49. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. §. *ult. l. pœnalia.* 164. *cum ſimil. de reg. jur.* neutro tamen caſu ita tenetur, ut damnatus infamiæ notam ſubeat, cùm non ſuo nomine, nec ex ſuo dolo & delicto, ſed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc uſum habent, quoniam non amplius ſententia in procuratorem, ſed in dominum dirigitur. D. Tulden. *in tit. C. de ſent. & interloc. num.* 4. Chriſtin. *vol.* 4. *deciſ.* 91. *num.* 16. Merul. *lib.* 4. *diſt.* 4. *ſect.* 5. *tit.* 1. *cap.* 1. Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici poſſint lite conteſtata in hæredes tranſire, niſi forte injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet ſucceſſores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in ſolidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatus ſequatur infamia. Secunda conditio eſt, ſi quis ex his cauſis ob dolum ac perfidiam damnatus ſit, *l.* 6 §. *ult. de his qui not. infamia. l.* 5 *depoſ.* §. *ſuſpectus.* 6 *de ſuſp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admiſit, ſed culpa tantùm imperitiave aut ſolâ negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere poteſt, *l. probrum.* 42. *de verb. ſign.* Tertia & poſtrema conditio eſt, ſi quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l.* 1. *de his qui not inf* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, ſed tantùm de calculo & ſupputatione ejus, quod contrario judicio agenti abeſt, *d. l.* 6 §. *ult. eodem titul. d. l.* 5. *depoſ.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro ſocio, quippe quæ utrinque directa eſt: ſed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Planè in cauſa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in ſpecie *d. l.* 6. §. *antep. de his qui not. infam.*

Tutelæ, mandati, depoſiti, pro ſocio] Quid 4
ergo? an reliquis bonæ fidei judiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pigneratitia, ob dolum & perfidiam damnati infames non erunt? Et cùm prætor quatuor illa, quæ hìc proponuntur, nominatim exceperit, notaveritque, haud dubiè in cæteris integram exiſtimationem ſervari voluit. Neque verò defuit prætori ſua ratio, cur quatuor illa à cæteris ſegregaret. Licet enim in omnibus, qui ſe malitioſè gerit, fidem ex æquo violet, in ſolis tamen illis quatuor eam violat ſpecie amicitiæ; quod majoris eſt improbitatis: nam quod de mandato non ex fide geſto ait M. Tullius *pro Roſc. Amer.* eo nomine non minus turpe judicium conſtitutum eſſe, quàm furti, propterea quod hæc culpa duas res ſanctiſſimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati judicium, quàm ad tria reliqua, tutelæ, depoſiti, pro ſocio, pertinet: add. Coraſ. 4. *miſc.* 19. Don 18. *comm.* 8. Hodiernis moribus nulla judicia civilia famoſa eſſe dicuntur, & non tam ex cauſa, quàm ex genere pœnæ infamiam irrogari; vid. Bern. Autumn. *confer. ad rubr. C. ex quib. cau. infam* Zypæ. *not. jur. eod. tit.* Groenew. *de ll. abrog. hic.*

Sed & pacti] Non ſolùm damnati ex ſuperio- 5
ribus delictis, ſed & pacti infamia notantur, *d. l.* 1. *l.* 4. § *ult. de his qui not. inf.* Ratio eſt, quia intelligitur confiteri crimen qui paciſcitur, *l.* 5. *eod.* confeſſus autem pro judicato eſt, *l.* 1 *de confeſſ.* Quod tamen ita acceptum eſt, ſi quis cum pretio quandocumque pactus ſit, non ſi gratis remiſſa ſit actio;

Digitized by Google

actio: nam inhumanum eſſet, veniæ nullum locum dari, *l.6.§.3.de his qui not.inf.* In actionibus verò, quæ famoſæ ſunt ex contractibus, paciſcens infamia non notatur: quoniam in his cauſis non tam turpis eſt pactio; & potius hìc de eo, qund adverſarii intereſt, interpoſita præſumitur, quàm ex conſcientia doli, *l.7.eod.* Atque ad has cauſas tantùm illud quoque pertinet, quod traditur in *l. ſi reus. 73. de procur.* reum actione famoſa conventum infamiam declinare poſſe, ſi tantam pecuniam, quanta petitur, actori ſolverit, aut eo recuſante accipere, ſi oblatam apud acta depoſuerit: quamquam DD. vulgo hoc etiam ad cauſas famoſas ex delicto referunt. Vid. quæ notamus ſup. §. *in ſumma. 10. de injur.*

Textus.

De in jus vocando.

3. *Omnium autem actionum inſtituendarum principium ab ea parte edicti proficiſcitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Utique enim in primis adverſarius in jus vocandus eſt, id eſt, ad eum vocandus, qui jus dicturus ſit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberiſque patronorum & patronarum hunc præſtat honorem, ut non aliter liceat liberis libertiſque eos in jus vocare, quàm ſi id ab ipſo prætore poſtulaverint, & impetraverint. Et ſi quis aliter vocaverit, in eum pœnam ſolidorum quinquaginta conſtituit.*

Notæ.

3. *Actionum inſtituendarum*] In jus vocatio principium eſt judicii inſtituendi, & prima ordinis judiciarii pars, *l. 1. C. de exc. rei judic.*

Parentibus & patronis] *l. 4. cum ſeqq. de in jus voc.§.12.ſup.de act.* Macrob.7. *Saturn. 5. Ab auctoritate veſtra tamquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

Solidorum quinquaginta] *l pen. d. t.* Quod ſi libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quaſi inofficioſus caſtigatur, *l. ult. eod.* Unde vulgo dici ſolet, *qui non habet in ære, luat in pelle.*

Commentarius.

1 *Partes proceſſus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars ſit judicii?*
3 *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omiſſa in jus vocatione nihil cognoſci aut ſtatui poſſe.*
5 *Quid interſit inter citare, & in jus vocare?*

Concluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta ſunt, pertinent; doceturque actionem omnem inſtituendam eſſe apud magiſtratum, cujus de ea re juriſdictio eſt, vocato prius ad eum adverſario.

Actionum inſtituendarum principium] Proceſ- 1
ſus judiciarii partes ſunt quatuor, quarum ordinem & progreſſum natura ipſa oſtendit, & eleganter expreſſerunt Impp. in *l. 1. C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis conteſtatio, cauſæ cognitio, ſententia. Additur & quinta, ſententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, ſecerni poteſt. Prima ordinis judiciariis pars eſt in jus vocatio: ab ea enim, ut hìc dicitur, omnium actionum inſtituendarum initium proficiſcitur. Quidam & judicii partem eſſe contendunt: ſed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quàm lis eſt conteſtata, *l. un. C. de lit. conteſt. l. amplius. 15. ratam rem. hab.* Gail. 2. *obſ.* 48. & 74. Vveſemb. *par. de jud. num. 6.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ.* 149.
num. 12. & *deciſ* 155. *num.* 9. Diſſidium non 2
difficile compoſitu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione uſque ad executionem, quæ proceſſus judiciarii eſt pars ultima. Vveſemb. *ad rubr. C. de jud. num.* 9. Cagnol. *ad rubr. C. de edend. num.* 21. & 24. aut preſſius, ut ea tantùm contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progreſſu judicii à lite conteſtata uſque ad ſententiam, qui inſtantia dici ſolet. Marant. *ſpec. aur. p 5. num.* 2. Priore ſenſu non minus in jus vocatio propriè & verè pars judicii eſt, quàm litis conteſtatio, &c. Poſteriore propriè judicii pars non eſt, quamquam nihil vetat, partem judicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut ſine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam qui partem eſſe judicii negant, eam vocant principium, baſim & fundamentum proceſſus. Gail. *d. obſ.* 48.
& *dict. obſ.* 74. *n.* 1. Effecta in jus vocationis hæc 3
fere ſunt. 1. Ut ſi quis poſtea quàm in jus vocatus eſt, alterius fori eſſe cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæſito, is in ea cauſa jus forum revocandi non habeat, quaſi vocatione præventus, *l.7.de judic.* 2. Quod perpetuat juriſdictionem judicis delegati, hoc eſt, ut is delegante poſt propoſitum citationis edictum mortuo, nihilominus in cauſa procedere poſſit & debeat, *c. gratum. 20. de off. deleg.* 3. Quod poſt citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigioſa eſſe incipit, *auth. litigioſa. C. de litigioſ.* vid. Covar. *pract. quæſt. 15. num. 6.*

In primis adverſarius in jus vocandus eſt] Qui judicio cum aliquo contendere conſtituit, is ante omnia adverſarium ſuum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is ſecum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & ſi contendendum putet, ut veniat inſtructus,
l. 1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. cont. Unde in- 4
telligimus, hunc actum omnino neceſſarium eſſe, eoque omiſſo, nihil cognoſci, nihil ſtatui poſſe: & ſi contra factum ſit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, facit *l. 4. C. de ſent. & interloc.* & merito: quoniam ſic deficit una ex perſonis, quæ ad conſtitutionem judicii

dicii

Digitized by Google

dicii neceſſario requiruntur: neque judex contra jus naturale & divinum reum privare debet defenſione, quæ naturalis eſt. Clement. *paſtoralis. de re jud.* Pet. Greg. 48. *ſyntag. 2. n. 28.* Damhoud. *prax. civ. c. 54. n. 3.* Gail. 1. *obſ. 48. & de pac. publ. 5. n. 6.* Merul. *l. 4. diſt. 4. ſect. 2. t. 4. c. 1.* Chriſtin. *vol. 5. deciſ. 89.*

Qui jus dicturus ſit] In jus vocare eſt ad eum vocare, qui jus dicturus eſt, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præeſſe, aut aliam juriſdictionem habere. Ad eum, qui nudam dumtaxat notionem habet, hoc eſt, ad judicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l. 3. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. juris experiundi cauſa*; qui finis eſt vocationis. Non enim vocatur quiſquam in jus niſi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, ſive agere de re, quæ in judicium vocatur.

In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & 5.
promiſcuus etiam horum verborum uſus eſt in conſtitutionibus Juſtiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* numquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *citandi* latior etiam nunc uſus eſt, quàm in jus vocandi: quippe citationi locus eſt etiam poſt cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cùm quis citatur ad audiendam ſententiam, ad videndum jurare teſtes, &c. cùm in jus vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit, dicatur dumtaxat. Quomodo nunc citatio ſeu in jus vocatio fieri ſoleat, quibus partibus conſtet, & quam vim habeat, cognoſces ex Merul. *lib. 2. tit. 1. & lib. 4. diſt. 4. ſect. 1. tit. 4. c. 1. & ſeqq.* Gail. 1. *obſ. 48. & ſeqq. & obſ. 74. n. 16. & ſeqq.* Mynſ. 6. *obſ.* 10. Chriſtin. *vol. 2. dec. 89.*

Parentibus & patronis] Hac de re copioſè explicatum eſt ſub §. *parentis n. 12. ſup. de actionib.*

TITULUS DECIMUSSEPTIMUS.

DE OFFICIO JUDICIS.

Continuatio. Quid ſit litis conteſtatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confeſſionem inducatur: ejus effecta, & quibus in cauſis non neceſſaria.

SI is, qui in jus vocatus eſt, neget, quod intenditur, & cum actore paratus ſit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriuſque litem facit, & à veteri ritu teſtationis in lite inſtituenda, litis conteſtatio dicitur; de quo ritu vid. Pet. Fab. 2. *ſemeſtr.* 24. Ræward. *pro tribunal.* 11. Cujac. 9. *obſ.* 21. Per litis conteſtationem poteſtas fit judici de re cognoſcendi & judicandi; ante nihil cognoſci, aut definiri poteſt. *Nov. 53. c. 4. tot. tit. x. ut lit. non cont. non proc.* Eaque ſic rectè nunc definietur, (nam vetus conteſtatio ſublata eſt, licet nomen manſerit) negotii hinc inde apud judicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eamdem rei conventi reſponſionem per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam. 14 §. 1. C. de judic. l. 2. C. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & reſponſio ſeu contradictio rei litis conteſtationem inducit, ſed diſtincta, & quæ ſtatum cauſæ judici demonſtrat. Cùmque lis eſſe non poſſit, niſi unus affirmet, alter neget, apparet, litis conteſtationem non fieri, niſi quemadmodum definivi, per contradictionem ejus, quod petitur; ac proinde ex parte rei non niſi negativè, *d. l. 14 §. 1. C. de judic.* Vigl. *de lit. conteſt. cap. 1.* Obrecht. *c. 2. n. 16. & ſeqq.* D. Perez. *ad tit. C. eod. n. 3. &* 4. Et male igitur Gloſſa in *cap. un. x. eod.* Sichard. *in rubr. C. eod n. 5.* Merul. *lib. 4. diſt. 4. ſect. 3. tit. 6. cap. 2.* ſtatuunt, etiam per confeſſionem rei litis conteſtationem induci; nam qui hoſti ſe dedit, certare dici non poteſt. Lite conteſtata, (*ſoo haeſt de gedaegde geantwoordt heeft, ende concluſie genomen, dat den impetrant ſijnen eyſch ende concluſie ſal zijn ontſeydt*) judicium conſtitutum eſſe intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab. l. lite. 35. de uſur.* junct. *l. 1. C. de jud.* Eſt enim litis conteſtatio, ut dictum eſt ſuperiore titulo, prima judicii pars, ſi vocem judicii propriè & ſtrictè accipimus, & à DD. appellatur judicii principium formale; cujus effecta congeſſerunt, Gail. 1. *obſ. 76. & 2. ſeqq.* Merul. *d. tit. 6. c. 2.* Perez. *in C. de lit. cont. num.* 8. & D. Tuld. *ib. n. 3.* Sunt autem fere hæc. 1. Per litis conteſtationem ſtatim res ſubjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ eſſent, ſemel judicio incluſæ, ſalvæ permanent, *§. 1. ſup. de perp. & tem. act. l. omnes. 26. l. ſciendum. 58. de obl. & act. l. nemo. 87. l. omnes. 139. de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum ſpatio circumſcriptæ, poſt litis conteſtationem omiſſæ, intra quadraginta annos repeti poſſunt, *l. ult. C. de præſc. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* 4. Litis conteſtatio inducit præſtationem fructuum in ſtrictis judiciis, quibus agitur ad conſequendum quod noſtrum non fuit, *l. videamus. 38. §. ſi actionem. 7. de uſur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in univerſum actoris conditionem meliorem facit, *l. non ſolet. 86. cum l. ſeq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *l. ubi acceptum. 30. de judic.* & retinet in conjuncto, ne cauſæ continentia dividatur, *l. nulli. 10. C. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur. 22. eod. tit. l. 14. & auth. Et conſequenter C. de ſentent. & interloc.* Illud omnes paſſim notant, omiſſa litis conteſtatione proceſ-

ſum

Digitized by Google

ſum vitiari: quamquam ſunt quædam cauſæ, quæ conteſtationem non deſiderant, quales ſunt cauſæ appellationis, ſummariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. Mynſ. 1. *obſ.* 1. *&* 38. *&* 3. *obſ.* 74. Gail. *dd. loc.* Merul. *d. tit.* 6. *cap.* 2. Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 155. *n.* 2. Conſtituto ſic per litis conteſtationem judicio ſtatim res ad cognitionem judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

Supereſt, ut de officio judicis diſpiciamus. Et quidem in primis illud obſervare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus aut conſtitutionibus aut moribus proditum eſt.

NOTÆ.

De officio judicis] Aliud veteribus eſt officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hìc quæritur: alterum enim juriſdictionis eſt, cui cohæret poteſtas exequendi, quæ mixtum imperium noſtris dicitur, *l.* 1. *in fin. l. ult.* §. 1. *de off. ejus, cui mand. juriſd. l.* 3. *de juriſd.* alterum nudæ notionis, cauſæ cognitione, & ſententiæ dicendæ poteſtate circumſcriptum, *l.* 5. *l.* 15. *l.* 55. *de re jud.*

Nec aliter, quàm legibus] *l.* 13. *C. de ſent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic.* Quippe judex legum miniſter, non arbiter eſt. Auguſtin. *c.* 3. *diſt.* 4. *Poſtquam leges latæ ſunt, non de ipſis, ſed ſecundum ipſas judicandum eſt. & Nov.* 126. *cap.* 1. jubentur judices *νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, legibus cognitam edere ſententiam,* in quas jurabant Athenis & Romæ.

Aut conſtitutionibus] Sententia, quæ expreſſim lata eſt contra legum, conſtitutionum, morumve præſcripta, adeo inutilis eſt, ut ne appellatio quidem neceſſaria, *l.* 19. *de appell. l.* 1. §. 2. *quæ ſent. ſin. prov. l.* 2. *C. quand. prov. non eſt nec.*

COMMENTARIUS.

1 *Aliud eſſe officium jus dicentis, aliud judicis: illi reſpondere quod vulgo vocatur officium judicis nobile: huic, quod mercenarium: & in quibus hæc conſiſtant.*

2 *Cauſæ cognitio quid & quibus in rebus conſiſtat.*

3 *Officium judicis in judicando quale.*

4 *Quæ ſententiæ nullius momenti: quæ item, licet injuſtæ, valeant, niſi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*

5 *Utrum judex ſecundum conſcientiam ſuam, an ſecundum acta & probata judicare debeat.*

6 *Omnes judices, etiam ſupremos, ſecundum leges & mores judicare debere: & ſecundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

1 ALiud eſt veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hìc quæritur: alterum enim juriſdictionis eſt, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis quàm ſenſu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate ſua læſos in integrum reſtituere, *l.* 1. §. 1. *de minor.* bonorum poſſeſſionem dare; in poſſeſſionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoreſve non habentibus conſtituere; judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria ſtipulatione, *l.* 1. *l.* 4. *de juriſd.* ſententiam judicum à ſe datorum exequi, *l. à Divo.* 15. *de re jud.* multam dicere; pignora capere, *l.* 1. *ſi quis judic. non obtemp. l.* 4. §. 2. *de damn. inf.* Sic hodie cùm magiſtratus, non ſervato judicii ordine, reum nec auditum ad ſolius actoris ſupplicationem jubet ſuperſedere facto aliquo, puta cæſione ſylvæ, cultione agri, &c. idque ſub pœna, addita clauſula, quæ & neceſſario addenda, ut ſi gravatum ſe ſentiat mandato pœnali, certo die veniat ſe defenſurus; quo veniente mandatum illud reſolvitur in ſimplicem citationem: hoc item proficiſcitur ab auctoritate prætoria & officio judicis nobili. Oldend. *in præfat. Claſſ.* 6. *de off. jud.* D. Tuld. *hic. c.* 1. Ad officium judicis pertinet, cauſam cognoſcere, *l.* 9. *C. de jud.* dare & moderari dilationes; *l.* 7. *de fer. & dilat.* jubere cavere ſtipulatione judiciali, §. 1. *ſup. de div. ſtip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & ſententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur tam ſuper re principali, quàm ſuper uſuris, fructibus, ſumptibus litis, aliiſque acceſſionibus, *l. de qua re.* 74. *de judic. l. qui per colluſionem.* 49. § *ult. de act. empt.* dicta autem ſemel ſententia, ceſſant partes judicis, & ſuccedunt magiſtratus, *l. judex.* 55. *de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maximè ſpectant; cauſæ cognitio, & judicatio. Cauſæ cognitio, quæ & diſ- 2
quiſitio, & examen, & diſceptatio, eſt corpus & ſubſtantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. Veſtr. 3. *pr. aul. Rom. c.* 2. *n.* 7. & Gravat. *ad Veſtr. ibid.* Conſiſtit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & juſtitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *l.* 3. *de in int. reſt.* Cognoſcitur autem cauſa ex iis quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè ac ſummatim, ut interdum fit, cùm de re aliqua non ex profeſſo agitur, ſed dumtaxat per occaſionem, ubi judex præſentem probationem ſequens, id quod contra affertur, ſi altiorem quæſtionem habeat, in aliud tempus rejicere ſolet, *l.* 3. §. 4. *de Carb. edict. l.* 15. §. 4. *de re jud.* (Conſule de cauſis ſummarii judicii & perfunctoriæ cognitionis Veſtrium *pract. aul. Rom. lib.* 5. *cap.* 1. *& ſeq.* Damhoud. *prax. civ. cap.* 22. *& ſeq.* Mynſ. 3. *obſ.* 70. *&* 6. *obſerv.* 16.) verùm ut in juſto judicio, adhibita plena & juſta inquiſitione. Eſt autem plena & juſta inquiſitio ac cognitio, cùm judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defenſionem rei pertinen-

tia

tia aſſeruntur, quæque judicii natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoſcatque, *l. 9. C. de judic.* & ibi DD. Cauſa ſic diſceptata ac cognita, ſupereſt, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet ſeu ſententiam ferat, *l. de qua. 74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio obſervare debeat, docet deinceps Juſtinianus.

3 *Nec aliter judicet, quàm legibus*] Judici permiſſum non eſt, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum miniſter, non arbiter eſt. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quàm legibus aut moribus eſt proditum, *hoc text. l. nemo. 13. C. de ſent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic. Nov. 126. cap. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἐγνωσμένην διδόναι ψῆφον, *legibus cognitam edere ſententiam*. Cui conſentaneum eſt, quod principes humanæ ſapientiæ Plato & Ariſtot. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum eſſe oportere. Et illud Auguſtini *c. 3. diſt. 4. Poſtquam leges latæ ſunt, non de ipſis, ſed ſecundum ipſas judicandum*. Poteſt ſane judex verba legis, ſi duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legiſlatoris conſervet: quinimmo id facere jubetur, *l. benignus. 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potius quàm ſtricti juris rationem habere, *l. 8. C. de judic. Scriptum ſequi*, ait M. Tullius *in ea pro Cæcin. cap. 23. calumniatoris eſt; boni judicis, ſcriptoris voluntatem auctoritatemque defendere*. At enim verò ſi & ipſa legis verba & ſimul mens legiſlatoris perſpicua ſint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege ineſſe putatur, diſſideant, cujus rei exemplum habemus in *l. proſpexit. 12. §. 1. qui & à quib. man.* hìc judex non poteſt prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne ſimul faciat contra legis ſententiam, nec tam interpretetur legem, quàm tollat: quod ſolius eſt Principis, hoc eſt ejus, cujus eſt & legem condere, *l. 1.*
14 *l. ult. C. de legib.* Gudelin. *lib. 5. de jur. nov. c. 2.* Sententia contra formam juris lata nullius momenti eſt, veluti quæ cauſa non cognita, aut non publicè & palam, ac more majorum, aut non præſentibus iis, inter quos res agitur, dicta, *tit. C. quom. & quand. jud.* quæ ex ſcripto recitata non eſt: *C. de ſent. ex brevic. rec.* quæ abſolutionem aut condemnationem non continet, *l. 3. C. de ſent. & interl.* quæ ſine certa quantitate prolata, *C. de ſent. quæ ſine cert. quant.* quæ lata eſt contra rem judicatam, à qua provocatum non eſt, *l. 1. C. quand. prov. non eſt nec.* quæ expreſſim contra leges, Senatuſconſulta, aut conſtitutiones, data, *l. ſi expreſſim. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæ ſent. ſin. app. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec* & ſi quæ ſunt ſimiles. Cùmque hujuſmodi ſententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam ſine appellatione cauſa denuo induci poteſt, *dd. ll.* Sed quid ſi horum nihil objici poſſit, & tamen ſententia injuſta dicatur? Placet ſententiam valere, & ſtandum eſſe rei judicatæ, ſi appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum conſtituta, *l. præſes. 27. l. cum prolatis. 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec.* uſque adeo, ut nec reſcriptum Principis contra ſententiam recipiatur, *l. ult. C. ſent. reſc.* Verùm hoc ita eſt, ſi nihil amplius proponatur, quàm ſententiam in hypotheſi injuſtam eſſe; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem abſolvere debeat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine ſortis & viginti uſurarum nomine petit: reus negat, uſuras uſurarum à ſe peti poſſe ex conſtitutionibus; judex reum in eam quantitatem, quæ petita eſt, condemnat, exiſtimans, eas conſtitutiones nihil ad rem facere: quamvis judex id imperitè & injuſtè faciat, rei tamen judicatæ ſtandum eſſe reſponſum eſt, *d. l. præſes. 27.* junct. *d. l. cum prolatis 32. de re jud.* Diverſa cauſa eſt, ſi pronuntiaſſet, uſuras uſurarum peti poſſe: tunc enim una cum reo conſtitutiones ipſas damnaret; qualis ſententia cùm non ſolùm ἄδικος ſit, ſed etiam παράνομος, de lege ipſa & contra eam directo lata ipſo jure nulla eſt; & ideo nec provocationis auxilium in hac ſpecie neceſſarium, *d. l. ſi expreſſim 19. de app. d. l. 1. § 2. quæ ſent. ſin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus diſtinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non eſt nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re Vant. *de null. ex defect. proc. n. 118. & num. 122. & ſeqq.* Zaſ. Duar. & DD. *in d. l. præſes. 27 de re jud.* ubi rectè obſervant, verba *condemnavit contra leges & ſacras conſtitutiones*, non eſſe judicis pronuntiantis, ſed Juriſconſulti caſum referentis. Add D. Chriſtin. *vol. 4. dec. 117.* ubi poſt D. Leonin. *conſ. 3. n. 7.* notat, *rubr. C. quand prov. non eſt nec.* in hiſce partibus non obſervari, ſed appellationem neceſſariam eſſe, etiam cùm ſententia ipſo jure nulla eſt, uti & moribus Gallorum, ut idem *eodem loco & vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugnion. & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* ſententias judicum in his regionibus ipſo jure irritas aut nullas non eſſe. Et igitur in ſtatu judiciali ſeu quæſtione juris, quod judicem ſequi oporteat, in medio poſitum eſt: ſi quidem ex jure, quod certum eſt, & notum ei eſſe debet, ſententiam feret, tametſi à litigatoribus aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ deſ. adv. jud. ſupp.* & ibi DD. In ſtatu autem conjecturali, ſeu cùm de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cùm facta plerumque incerta ſint, probationibus eruenda veritas, & ſecundum acta & probata judicandum, *l. 6. §. 1. de off. præſ.* Proin reus convictus condemnandus, non convictus, etſi ipſe nihil præſtiterit, abſolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act.* nec quod deeſt in facto, judex ſupplebit, *arg. d. l. un. C. ut quæ deſ. advoc.* ubi Gloſſa & DD. niſi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata, ex inſtrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat. Ranchin. *in not. ad* Guid. Pap. *q. 2: 1.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 165. n. 1* Quoniam autem judex in judicando ſequi jubetur rerum 5
probatarum fidem, *d. l. 5. §. 1. de offic. præſ.* plerique cenſuerunt, etiamſi liquido judici conſtet,

falſita-

falſitate aliqua vel teſtium vel inſtrumentorum bonam cauſam lædi, tamen ſecundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non ſecundum privatam ſcientiam; adeoque in foro animæ excuſatum eſſe, qui ſecundum probata eum, quem ſcit eſſe innocentem, condemnat. Canoniſtæ in *c. Paſtoralis. 28. §. quia vero. x. de offic. deleg.* Cyn. *in l. un. C. ut quæ dec. adv.* Covar. *1. reſ. 1.* Clat. *l. 5. §. fin. pr. crim. q. 66. n. 2.* Cacheran. *dec. 79. n. 43. & ſeqq.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 148. n. 21. & vol. 1. dec. 4.* ubi plures citantur. Mihi verò longè tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen numquam judicet contra conſcientiam. Etenim jubetur judex judicare ſecundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non poteſt non judicare ſecundum conſcientiam. Quippe probare Latinis eſt fidem facere. Cui autem fides facienda, niſi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum eſt, & ita mandatum, ut ex animi ſui ſententia æſtimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum ſibi opinetur, *l. 3. de teſtib.* & prout religio ſuggerit ſententiam proferre, *l. eum quem. 79 §. 1. de judic.* Jam verò ſi ea, quæ allegantur, pugnent cum ſcientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cùm falſa ſint, & religione metuque juſtiſſimi Numinis prohibebitur ſecundum ea judicare. Una enim & ſimplex eſt veritas; ac proinde dividi conſcientia aut ſcientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obſtat *d. l. 6. § 1. de off. præſ.* nam & ibi jubetur præſes, non tam inſtrumentis, quæ vitioſa & falſa eſſe poſſunt, quàm rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perſpicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano juri conſentaneum eſſe, ut judex in quæſtione facti ex animi ſui ſententia, religione & conſcientia pronunciet, veritatemque afferat, ſpretis teſtimoniis, quamvis ille ſolus falſa ea eſſe ſciat: maximè ſi talis eſt judex, ut ab eo nulla ſit provocatio, nec veritati niſi id fide illius ullum præſidium. Sin verò is judex eſt, à quo provocari poteſt, ſatius eſt, eum à judicando abſtinere, & teſtimonio ſuo, quantum in ſe eſt, cauſam ejus, cui injuria fit, apud judicem ſuperiorem adjuvare: ne temere publica teſtimoniorum ſpernatur auctoritas, aut feneſtra aperiatur pravis hominibus paſſim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore ſcientiæ aut conſcientiæ id ipſum excuſandi aut defendendi. Conſent. fere Coraſ. *4. miſc. 20.* Hotom. *illuſtr. quæſt. 27.* D. Tulden. *3 de princ. juriſpr. 6. & in comm. hic. cap.* 3. eoque etiam inclinare videtur Coſtal. *ad d. l. 6. §. 1. de off. præſ.* Cæterum eſt hæc quæſtio de raro contingentibus, cùm difficulter contingere poſſit, ut vera judicis ſcientia pugnet cum teſtimoniis aut inſtrumentis, quibus nihil objici queat.

6 *Legibus, conſtitutionibus, aut moribus proditum*] Præceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, ſive magiſtratum gerant, ſive aliter judicent: quamquam ſunt, qui id pertinere negant ad ſummas præfecturas ſeu Curias ultimæ juriſdictionis. Nam Juſtinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim de præſidibus provinciarum, omnemque dubitationem tollit *Nov. 82. c. 13.* In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & conſtitutiones provinciales, tum mores has conſuetudines locorum ſpectant, quibus ſi controverſia dirimi non poſſit, ad jus commune, id eſt, Romanum, apud bonam partem Europæ obſervatum, tamquam ad [illegible], confugiunt. Gudelin. *lib. 1. de jur. noviſſ.* Chriſtin. *vol. 1 deciſ. 343.* Grot. *1. manuduct. ad juriſpr. Batav. c. 2.*

Textus.

De judicio noxali.

1. *Ideoque ſi noxali judicio aditus eſt, obſervare debet, ut, ſi condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno, aut noxam dedere.*

Notæ.

1. *Noxali judicio aditus*] Cujac. *addictus*, vel *additus*: ſed hujuſmodi verba parum conveniunt moribus ſæculi Juſtinianei, quo impetrationes actionum jam ſublatæ erant. Vveſ.

Commentarius.

Ut ſententia judicis valeat, & res judicata eſſe intelligatur, neceſſe eſt reum aut abſolvi aut condemnari, *l. 1. de re jud. l. 3. C. de ſent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim ſententiæ non habet, *§. curare. 32. ſup. de act.* niſi natura rei petitæ obſtet, quominus certa ſententia ferri poſſit: veluti in judiciis univerſalibus, qualia ſunt petitio hæreditatis, & actio familiæ erciſcundæ; aut ſi plures res generaliter aut disjunctim promiſſæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per ſententiam reo auferatur jus electionis, vid. *nos. ſub d. §. curare. 32.* Quod autem Juſtinianus hìc ſcribit, judicio noxali convictum ita condemnandum eſſe, ut aut pecuniam ſolvat, aut ſervum noxæ dedat, id non videtur eſſe neceſſarium: quoniam pecunia tantùm in actionem judicati venit; dedendi autem facultas non à judice, ſed à lege eſt, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod alibi quoque monuimus *ſub §. 2. de nox. act.*

Aut noxam dedere] Τὸν βλάψαντα, corpus ipſum, quod nocuit, *§. 1. ſup. de nox. act.* Similis locutio eſt in *l. 1. in fin. pr. de his qui effud.*

Textus.

De actionibus realibus.

2. *Et ſi in rem actum ſit coram judice, ſive contra petitorem judicaverit, abſolvere debet poſſeſſorem: ſive contra poſſeſſorem, jubere ei debet, ut rem ipſam reſtituat cum*

fructibus. Sed ſi poſſeſſor neget, in præſenti ſe reſtituere poſſe, & ſine fruſtratione videbitur tempus reſtituendi cauſa petere, indulgendum eſt ei: ut tamen de litis æſtimatione caveat cum fidejuſſore, ſi intra tempus, quod ei datum eſt, non reſtituerit. Et ſi hæreditas petita ſit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de ſingularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa ſua poſſeſſor non perceperit, ſive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pæne habetur, ſi prædo fuerit. Si verò bonæ fidei poſſeſſor fuerit, non habetur ratio neque conſumptorum, neque non perceptorum. Poſt inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa poſſeſſoris percepti non ſunt, vel percepti conſumpti ſunt.

NOTÆ.

2. *Et ſine fruſtratione*] Theoph. ἢ δὶ ὑπέρθεσιν. Non moræ aut fruſtratoriæ dilationis cauſa. Reus igitur fruſtrator non auditur.

Indulgendum eſt] In actionibus in perſonam quadrimeſtres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *l. ult. C. de uſur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depoſiti, commodati, aut ſimiles, quibus certa ſpecies petitur, extra quàm ſi reus damnatus ſit in rei petitæ æſtimationem: neque enim malitiis indulgendum eſt.

Eadem ratio pæne] Τὸ *pæne* additum propter cauſam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem ſpeciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & poteſtate ipſius actionis, ut cætera corpora hæreditatia, *l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. l. 1. & 2. C. eod.* Cujac.

Si prædo] *l. 25. §. 3. & ſeq. d. tit. l. 22. C. de rei vind. l. 33. D. eod.* nec intereſt ab initio mala fide poſſederit, an poſtea poſſidere cœperit, *l. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. domin. d. l. 25. §. 5. de hær. pet.*

Poſt inchoatam petitionem] *d. l. 22. C. de rei vind. l. 2 C. de fruct. & lit. exp. l. 4. § 2 D fin. reg.* Quoniam poſt motam controverſiam omnes poſſeſſores pares ſunt, *d. l. 25. §. 7. l. 10. C. de long. temp. præſcr.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus judicatis indultum in actionibus in perſonam: & quid hic juris apud Batavos?*

2 *Qui poſſeſſores, quos fructus, quatenus reſtituere debeant, ſummatim.*

HOc § agitur de officio judicis in actione in rem, tum ſingulari, ſeu rei vindicatione, univerſali, ſive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud verſari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipſam reſtituat cum fructibus] Plenius dicendum erat, *ut rem petitam reſtituat cùm omni cauſa*, id eſt, id omne, quod habiturus foret petitor, ſi tempore litis conteſtatæ res ei reſtituta fuiſſet, *l. Julianus. 17. §. 1. l. præterea. 20 de rei vind.* Et porro ſi poſſeſſor reſtituere juſſus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis eſt rei vindicatio, fieri ſolet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Nonnunquam & poſſeſſori ob contumaciam, manu militari ſeu per executores litium rem auferri, puta ſi id petitor maluerit, & ſua intereſſe doceat, *l. qui reſtituere. 68. de rei vind.* quomodo apud nos ſemper proceditur, *art. 172. Inſtr. Cur. Holl.* add. *not. ſub §. præterea. 31. ſup. de act.* Poſtremo & victum victori in expenſas litis condemnandum, niſi juſtam cauſam litigandi habuerit, *l. 13. §. ſive autem. 6. C. de jud.* de quo explicatius *tit. præc. ſub §. 1.*

Cum fructibus] Etiamſi expreſsè petiti non ſint, *l. & ex diverſo. 35. §. 1. de rei vind.* idque vel ex eo ſatis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum reſtitutionem fieri: judicis enim officio propriè id contineri dicitur, quod ei tacitè ſuo jure permiſſum eſt; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, *l. planè. 38. de hær. pet. l. ſi reus. 73. de proc. l. 9. §. 1. de furt. l. qui per colluſionem. 49. §. 1. de act. empt.* adde Mynſ. *4. obſ. 55.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ.* 105. *num. 2.* Vant. *de nullit. ſent. ex defect. proc. num.* 97. ubi ait, petitionem fructuum tacitè & virtualiter petitioni rei ineſſe. Diſſent. D. Tulden. *comm. hic. cap.* 8. & D. Perez. *ad tit. C. de rei vind. num.* 16.

Sed ſi poſſeſſor] Si poſſeſſor cauſetur, ſe non poſ- 1
ſe in præſenti rem reſtituere, & ſine fraudatione tempus ad reſtituendum petat, poteſt judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod reſtituat. Diſſimilis ratio eſt in actionibus in perſonam, in quibus condemnato quadrimeſtres induciæ indulgentur, *l. ult. C. de uſur. rei jud.* Quippe res aliena, quam quis penes ſe habet, faciliùs reſtitui poteſt, quàm pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione perſonali damnato quadrimeſtre tempus concedendum, nempe ſi certa ſpecies petita ſit, veluti actione depoſiti, vel commodati, cujus & præſtandæ facultatem reus habeat; neque enim malitiis indulgendum eſt; & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe ſi damnatus ſit in rei petitæ æſtimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum; quod ſpatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teſte Aulo Gellio *lib* 20. *c* 1. Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor ſaltem tamdiu expectare, partim ex humanitate, partim ex neceſſitate juris debet, donec tempus appellationi conſtitutum præterierit;

Digitized by Google

rit; appellationi, inquam, tam interponendæ, quàm introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie. C. de appell.* introducendæ viginti apud nos conſtituti ſunt. *Inſtr. Cur. Holl. art.* 198. *&* 206. Notat hoc D. Merul. *lib.* 4 *diſt.* 4. *ſect.* 5. *tit.* 6. *cap.* 7.

Eadem circa fructus] Eſt tamen nonnihil differentiæ. Nam in ſingularum rerum petitione
2 bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes conſumptos lucratur, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam conſumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l.* 25. §. 11. *de hæred. petit.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & poteſtate ipſius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l.* 20 §. 3. *l.* 40. §. 1. *d. tit.* quam ob cauſam fortè mox additur Τὸ *pæne*. Malæ autem fidei poſſeſſor fructus omnes, etiam qui conſumpti ſunt, una cum re reſtituere debet, *d. l.* 40. §. 1. *l.* 29. *C. de rei vind.* tenenturque adeo non de perceptis tantùm, ſed etiam de iis, qui non percepti, honeſtè percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus.* 33. *de rei vind.* Nec refert, ab initio quis mala fide poſſederit, an poſtea poſſidere cœperit, *l. bonæ fidei.* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* Denique poſſeſſores omnes poſt litem conteſtatam pares ſunt, & tanquam malæ fidei poſſeſſores tenentur, *l. ſed etſi.* 25. §. *ſi ante.* 7. *de hær. pet. d. l.* 22. *C. de rei vind. l.* 2 *C. de fruct. & lit. expenſ.* Fuſius hæc explicui *ſup.* §. 35. *de rer. div.* & *lib.* 1. *ſel. quæſt. cap.* 25. *& ſeq.*

Textus.

De actione ad exhibendum.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non ſufficit, ſi exhibeat rem is, cum quo actum eſt; ſed opus eſt, ut etiam rei cauſam debeat exhibere, id eſt, & eam cauſam habeat actor, quam habiturus eſſet, ſi cum primum ad exhibendum egiſſet, exhibita res fuiſſet. Ideoque ſi inter moras exhibendi uſucapta ſit res à poſſeſſore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id eſt, ejus, quod poſt acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, interceſſerit, rationem habere debet judex. Quod ſi neget reus, cum quo ad exhibendum actum eſt, in præſenti ſe exhibere poſſe, & tempus exhibendi cauſa petat, idque ſine fruſtratione poſtulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, ſe reſtituturum. Quod ſi neque ſtatim juſſu judicis rem exhibeat, neque poſtea ſe exhibiturum caveat, condemnandus ſit in id, quod actoris intererat, ſi ab initio res exhibita eſſet.*

Notæ.

3. *Ut etiam rei cauſam*] Id eſt, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amiſſæ, &c. *l.* 9. §. *pen. & ult. ad exhib.*

Uſucapta ſit] *d. l.* 9. §. 6. Uſucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis conteſtatione, *l.* 10. *l.* 20. *de rei vind.* ſicut præſcriptiones temporum, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. *C. de long. temp. præſcr.* At hodie diſcrimen iſtud non obtinet, *l.* 2. *l.* 3. *C. de annal. exc.*

Sine fruſtratione] Id eſt, juſta ex cauſa, *l.* 5. §. *ult.* ubi & juſtæ cauſæ hujus generis indicantur, *l.* 12. §. 5. *ad exhib.*

Ab initio res exhibita] Quod declaratur *l.* 9. §. *pen. & ult. l.* 10. *& ſeqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit; alias quanti res verè eſt, *l.* 3. §. 2. *d. l.* 9. §. *ult. l.* 5. *de in lit. jur.*

Commentarius.

Actio ad exhibendum præcurſio quædam eſt, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam & propter vindicationes potiſſimum introducta eſt, *l.* 1. *ad exhib.* quamquam aliquando & perſonali actione & interdicto experiri volenti competit, *l.* 3. §. 1. §. *ſciendum.* 9. *cum ſeqq. & paſſim. eod. tit.* Eſt autem exhibere, rei in publico poteſtatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi ſit copia, *l.* 2. *eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam ſatis actum eſt, ſed principali, quam actor re exhibita exequi conſtituit; *l.* 9. §. *quantum.* 5. *eod.*

Ut rei cauſam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantùm, ſed etiam cauſam rei exhibere debet. In re hæc ſunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit, cùm petita eſt. Eadem res exhibita videtur, ſi exhibitum eſt idem corpus eadem ſpecie, qua fuit tempore litis conteſtatæ, *d. l.* 9 § 3. Quid ſi deterior facta? Ad exhibendum poſſeſſor abſolvi debet. Cæterum ſi dolo aut culpa ejus deterior facta ſit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *l. ſi quis.* 17. *eod. l.* 7. *C. eod.* & ibi Sich. *num.* 5. *& ſeq.* Eodem jure, ſi re exhibita actori integra ſit actio principalis, ut initio fuit, in nullo cauſa, quam intendit, læſa, *d. l.* 9. §. *quantum.* 5. *l.* 10. *& ſeq. eod.* Per cauſam rei ſignificantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus eſſet actor, ſi litis conteſtatæ tempore res illi exhibita fuiſſet, *l. cùm fundus.* 31. *de reb. cred. l. præterea.* 20. *de rei vind. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras judicii res uſucapta] *l.* 9. §. *proinde.* 6. *ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis conteſtationem uſucapio naturaliter non interrumpitur, ſed pendente etiam lite impleri poteſt, *l.* 18. *d. l.* 20. *de rei vind.* quamvis effectu juris victo poſſeſſori non proſit: quippe qui nihilominus rem reſtituere tenetur. Secus erat in præſcriptione longi temporis: nam quia præſcriptiones temporum factæ ſunt, placebat eas per litis conteſtationem plenè interrumpi, *l.* 10. *C. de acq. poſſ. l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. *C. de long. temp. præſc.* Sed hodie hæc

differentia non obtinet, *l.* 2. *& l.* 3. *C. de annal. exc.* vid. *ſup. de uſuc.* §. *diutina.* 12.

Fructuum medii temporis] Commoda quoq; rei externa, eſt fructus, puta fœtus animaliū, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d. l.* 9. §. *pen.* Quod tamen haud dubiè ſic accipiendum, ſi poſſeſſor hac actione victus de re ipſa porro contendere judicio directo ſuperſederit; cum Accurſio in *d.* §. *pen.* ubi rectè monet, eodem modo accipiendos eſſe locos omnes, qui de reſtitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipſam reſtituere non debet, utique nec acceſſiones debet. Poſſe autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis rendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, ſed prius cognoſcat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. *Claſſ.* 3. *act.* 1. *q.* 7. Sich. *in rubr. C. ad exhib. num.* 8.

Tempus exhibendi cauſa petat] Si poſſeſſor in præſentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex cauſa tempus à judice indulgetur, nempe petenti ſine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cùm poterit, exhibenda. Cauſæ hujus generis indicantur, *l.* 5. §. *ult. ad exhib.*

Quod ſi neque ſtatim] Si poſſeſſor exhibere juſſus, neque exhibeat, neque ſe exhibiturum caveat, placet, eum condemnandum eſſe in id, quod actoris intereſt, hoc eſt, in id omne, quod vel habere potuit, ſi res ab initio exhibita fuiſſet. Quod declaratur *d. l.* 9. §. *pen. & ult. l.* 10. *& ſeq. ad exhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æſtimatio: adverſus contumacem, quanti actor, utique qui jure dominii exhiberi deſiderat, in litem juraverit; adverſus cæteros, quanti res verè eſt, *l.* 3. §. 2. *d. l.* 9. §. *ult. eod. l.* 5. *de in lit. jur.* Uſus hujus actionis hodie rarior eſt. De quo Chriſtin. *vol.* 2. *deciſ.* 191. *num.* 3.

TEXTUS.

Familiæ erciſcundæ.

4. *Si familiæ erciſcundæ judicio actum ſit, ſingulas res ſingulis hæredibus adjudicare debet: & ſi in alterius perſona prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohæredi certa pecunia (ſicut jam dictum eſt) condemnare. Eo quoque nomine cohæredi quiſque ſuo condemnandus eſt, quod ſolus fructus hæreditarii fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut conſumpſerit. Quæ quidem ſimiliter inter plures quoque quàm duos cohæredes ſubſequuntur.*

NOTÆ.

4. *Aut rem hæreditariam corruperit*] Vel quod cohæres in rem communem neceſſarias impenſas fecerit: quæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus dictum *ſup.* §. 3. *de obl. quaſ. ex contr.*

COMMENTARIUS.

TRitum eſt, ſententiam debere reſpondere petitioni, & conformem eſſe libello: quod à jure non abhorret, ſi ſanè accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari ſententia debet, aut condemnatio in rem alienam fieri, quàm quæ in judicium deducta eſt, cujus judicatio judici permiſſa, *l. ut fundus.* 18. *comm. div. l. ult. C. de fideic. libert.* Gail. 1. *obſ.* 66. Schneid. *in* §. *curare.* 32 *ſup. de act. n.* 4. Sed tamen in duplicibus judiciis id non uſquequaque obſervatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his judiciis permiſſæ.

Singulas res ſingulis hæredibus] Judicium familiæ erciſcundæ duo continet, rerum hæreditariarum diviſionem, & quaſdam præſtationes perſonales, quibus ſcilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius eſt. In rerum diviſione hæc obſervare judex familiæ erciſcundæ debet, ut res ſingulas ſingulis hæredibus adjudicet, ut hìc ait Juſtinianus. Quod tamen non ita accipiendum eſt, quaſi ſemper & neceſſario hæc ratio diviſionis ineatur: nam ſi fundi hæreditarii commodè per regiones dividi poſſunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur: ſed quoniam in pleriſque rebus hæc diviſio commodiſſima eſt.

Debet hunc invicem] Cùm impar adjudicatio eſt, is, cujus pars præponderat, viciſſim in certam pecuniam conſorti damnandus eſt, ut æqualitas per omnia conſervetur, *l. Mævius.* 52. §. 2. *l. ſi familiæ.* 55. *fam. erciſc.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine judicio familiæ erciſcundæ condemnandus eſt, quod ſolus fructus fundi hæreditarii perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, conſumpſeritve, vel quod cohæres in rem communem impenſas fecerit, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, *l. & puto.* 16. §. *pen. l. his conſequenter.* 18. §. 3. *l. hæredes.* 25. §. *ſi unus.* 15. §. *item culpæ.* 18. *l. inter cohæredes.* 44. §. *quod ex facto.* 5. *fam. erc.* Atque hæ ſunt hujus judicii præſtationes perſonales, de quibus fuſius alibi explicatum eſt, *ſup. de obl. quæ quaſ. ex contr.* §. 3. *& ſup. de act.* §. *quædam.* 20.

TEXTUS.

Communi dividundo.

5. *Eadem interveniunt, etſi communi dividundo de pluribus rebus actum ſit. Quod ſi de una re, veluti de fundo: ſiquidem iſte fundus commode regionibus diviſionem recipiat, partes ejus ſingulis adjudicare debet, & ſi unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode dividi non poſſit, vel ſi homo forte, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus uni adjudicandus eſt, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus eſt.*

N o-

Notæ.

3. *Partes ejus ſingulis*] Si diviſio prædii ſine cujuſquam injuria commodè fieri poſſit, cuique ſua portio certis finibus adjudicanda, *l.1.C.comm.div.*

Veluti ſi homo] Hotom. Theoph. *vel ſi homo*, quod magis placet. Ut ſit ſenſus, ſi res aut non commodè, aut non omnino partes pro diviſo recipiat, veluti ſi agatur de ſervo, aut jumento, totam uni adjudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

Commentarius.

Judicium communi dividundo, ut ſine eodem, ita iiſdem rebus conſtat, quibus judicium familiæ erciſcundæ, rerum ſcilicet communium diviſione, & iiſdem præſtationibus perſonalibus, *l. 3.comm. div.* Atque hinc & in diviſione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in præſtationibus perſonalibus, idem in hoc quoque judicio obſervatur, *d. l. 3. l.6. §. 1. & ſeqq. eod.*

Quod de una re] Cùm de re una dividenda agitur, ſiquidem ea commode dividi poteſt, veluti fundus per regiones, ſingulæ ſingulis portiones adjudicandæ, & ſi cujus portio major eſſe videbitur, is viciſſim ſocio in certam pecuniam condemnandus, *l.1. C. comm. div.* Quod ſi res partes pro diviſo non recipiat, veluti ſi agatur de ſervo aut equo, aut non commodè recipiat, tota uni adjudicanda eſt, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod. tit.*

Textus.

Finium regundorum.

6. *Si finium regundorum actum fuerit, diſpicere debet judex, an neceſſaria ſit adjudicatio: quæ ſanè uno caſu neceſſaria eſt, ſi evidentioribus finibus diſtingui agros commodius ſit, quàm olim fuiſſent diſtincti. Nam tunc neceſſe eſt, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo caſu conveniens eſt, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus eſt quiſque hoc judicio, quod fortè circa fines aliquid malitioſè commiſit; verbi gratia, quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quiſque eo judicio condemnatur: veluti ſi quis jubente judice metiri agros paſſus non fuerit.*

Notæ.

6. *Furatus eſt*] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et poteſt judex, qui de hujuſmodi crimine cognoſcit, etiam de finibus cognoſcere, *l. 4. §. 4. eod.*

Contumaciæ quoque nomine] *d. l. 4. §. 3.* Con- *Vinnius in Inſtitut.*

demnabitur autem contumax in id, quod adverſarii intereſt. Nam mulctam irrogare magiſtratus eſt, non pedanei judicis.

Commentarius.

Judicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas quàm judicia ſuperiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantùm & fundis agitur, qui facile per regiones dividi poſſunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur, ſed de re, quam quiſque ſuam eſſe contendit, ut finibus ad normam ſuam redactis, quod quiſque intra fines iſtos habet, id totum retineat; ſi quid amplius, id vicino reſtituatur, *l. 4. pr. l. 8. pr. & §. 1. fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione eſſe, *l. 1.eod.* & cauſæ proprietatis cohærere, *l.3. C. eod.*

Uno caſu neceſſaria eſt] Si de finibus conſtet per evidentes & manifeſtos limites, judicis officium eſt eos cuſtodire. Si turbati ſunt, aut obſcurati, ita tamen ut eorum vetera veſtigia appareant, à judice renovandi & evidentius diſtinguendi ſunt, *l. 3. de term.mot. c. ex litteris. 3. x. de probat.* Quod ſi nulla veterum finium veſtigia appareant, nec probari poſſint, novi fines ex conſilio agrimenſorum conſtituendi, *l.2.§.1.l.3.l.8.fin.reg.l.3.C.eod.* Mynſ.*6.obſ.27.* Uno autem caſu permittitur adjudicatio, ſi videlicet fines rectè dirigi non poſſunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum diſtingui expediat. Nam cùm hìc neceſſe ſit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res tranſigenda adjudicatione & condemnatione, *d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod.* De probatione finium adeundi Hieron.de Monte *tract.fin.reg.c.50.& ſeqq.*Mynſ. *6.obſ.25.*Vveſemb.*par.hoc tit.n.7.* Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 183. n. 5. & ſeqq.*

Evidentioribus finibus] Quippe publicè intereſt, evidenter diſtinctos eſſe agrorum terminos. Ovid. 2. *Faſtor. v.* 660. de Deo Termino:

Omnis erit ſine te litigioſus ager.

Circa fines aliquid malitioſè] Duo hìc ait Juſtinianus: primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitioſè circa fines admiſit, puta lapides finales furatus eſt, arbores finales excidit; deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti ſi quis menſorem miſſum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim judices in litem finium dirimenda uti arte & opera agrimenſorum, *l.8.fin.reg. l. 3. C. eod.* Hieron. de Monte *d.tract.c.31.&ſeq.*Mynſ.*6.obſ.27.*Chriſtin. *vol.2.deciſ.184.&ſeq.*Quod de contumacia hìc dicitur, idem traditur apud Ulp. *l. 4. §. 3. eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id ſcilicet, quod adverſarii intereſt. Nam multam irrogare, quæ pœna eſſe ſolet contumaciæ, non pedanei juris, ſed magiſtratus eſt. De delictis

Qqq 3 ad-

Digitized by Google

admiſſis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali exciſa, judicium criminale conſtitutum eſt de termino moto, *tit. de term. mot.* Et poteſt quidem judex, qui de hujuſmodi crimine cognoſcit, etiam de finibus cognoſcere, *l. 4 §. ſi dicantur. 4. fin. reg.* Sed è converſo judex, qui cognoſcere cœpit de finibus, non poterit cognoſcere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere: juxta *l. 5. & l. 2. de term. mot.* Neque tamen mens Juſtiniani eſt, ſed hæc, delinquentem etiam hujus admiſſi nomine à judice finium regundorum civiliter adverſario ſuo condemnandum eſſe, quanti is ſua intereſſe juraverit: vel etiam, ut quod pendente quæſtione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de ſuo agro reddat, *l. 4. C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi poſſit de termino moto. Hieron. de Monte *d. tract. c. 34. & ſeq.* D. Tuldeni. *comm. hic. cap. 6.*

Lapides finales, Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τοὺς ὅρους λίθοι, qui fines & terminos diſtinguunt.

TEXTUS.

De adjudicatione.

7. *Quod autem iſtis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id ſtatim ejus fit, cui adjudicatum eſt.*

NOTÆ.

7. *Ejus fit, cui adjudicatum*] Adjudicatio modus eſt acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit. 19. §. 5.* Quod ſi per errorem de fundo alieno quaſi de communi actum, & ex adjudicatione poſſidere cœpero, procedit mihi uſucapio, *l. 17. de uſuc.*

COMMENTARIUS.

QUod in tribus iſtis judiciis familiæ erciſcundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus ſociis aut vicinis adjudicatum eſt, id illi ſtatim acquiritur, ut hic ſcribit Juſtinianus, & diſertè quoque teſtatur Ulpianus in *fragment. tit. 19. §. adjudicatione. 15.* Quæ res magni erroris cauſam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo ſolent, ex ſententia judicis dominium transferri; quod à veritate abeſt quàm longiſſimè; neque aliunde apertius hic error convincitur, quàm ex hoc ipſo & d. Ulpiani loco. Nam cùm tam Imperator quàm Juriſconſultus ſcribat, in tribus iſtis judiciis quod adjudicatum fuerit, ſtatim ejus fieri, cui adjudicatum eſt, hoc ipſo ſatis uterque ſignificat, in aliis judiciis non idem juris eſſe, neque eam eſſe auctoritatem cujuſvis ſententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent ſpeciale tria iſtà judicia, ſi idem jus eſſet in omnibus cæteris? Sed neque exiſtimandum eſt, in iſtis tribus vi & poteſtate ſententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, ſed totum hoc pendet à poteſtate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum eſſe voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis apud Ulp. *d. tit. 19.* Cùm verò extra iſta judicia adjudicationi locus non ſit, ſequitur, nec in aliis judiciis dominium per ſententiam transferri. De quo latè Ant. Fab. *dec. 98. err. 7. & ſeqq.* VINN. Qui vulgaris error etiam eo argumento profligatur, quod, ſi dominium ex ſententia judicis transferretur ſemper, neceſſario actionem judicati oporteret eſſe realem, quia rem ſuam extra condictionem furtivam nemo condicit. §. 14. *Inſt. de action. l. ult. ff uſufr. quemadm. cav.* Atqui perſonalem eam actionem eſſe inter omnes conſtat. HEIN.

TITULUS DECIMUSOCTAVUS.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. Tit. 1.

Ratio hujus tractationis.

ABſoluta pro modo inſtituti operis ea parte juris, cujus ſolius tractatio ſuſcepta eſt, ſcilicet tractatione juris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirùm aliquid acceſſionis nobis dare: quamquam parcè dedit, indicatis tantùm fontibus, unde plura haurire liceat: nec latius dare debuit, quia eſt præter inſtitutum, & velut quidam exceſſus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda ſolito erimus breviores; maximè cùm jam commentarii noſtri in ſatis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

De differentia à privatis.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam ſimile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti ſumus: magnaque diverſitas eorum eſt & in inſtituendo & in exercendo.

NOTÆ.

Neque per actiones ordinantur] Id eſt, non conſtituuntur & exercentur per actiones ordinarias, ſicut judicia privata.

Magna diverſitas & in inſtituendo] De veteri ordi-

ordine exercendorum judiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib.ſing.* Nic. Gruch. 1. *de com.Rom.c.* 2. Briſſon. 2. *ſelect. Ant. c.* 1. Poſtea extra ordinem exerceri cœpetunr, durante tamen legum pœna, *l.* 8. *de publ. jud. l.* 1. § *ult. l.* 13. *de pœn.* & in crimen ſubſcriprione, *l.* 3. §. 2. *de accuſ. l. ult. C. eod.* Cujac. 8. *obſ.* 33.

Commentarius.

JUdicia privara quomodo conſticuantur & exerceanrur, intelligi poreſt ex iis, quæ dixi ſub *pr.* & §. 1. *de act.* Publicorum judiciorum exercendorum longè alia ratio eſt, & longè alia hæc etiam apud veteres fuir, quàm tempore mediæ Juriſprudenriæ. De vereri forma & ordine adeant antiquiratis ſtudioſi Carol. Sigon. *lib.ſing.* Nicol. Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom. c.* 2. Barn. Briſſon. *lib.* 2. *ſelect. antiq. c.* 1. qui de eo ex profeſſo ſcripſerunt. Poſtea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in uſu eſſe deſiit, & de criminibus publicis extra ordinem præfecti vel præſides cognoſcere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.* 8. *de publ. jud. l in Senatuſconſultum.* 15. §. 1. *ad Senatuſc. Turp. l.* 1. §. *ult. l. hodie.* 13. *de pœn.* Illud etiam manſit, ur is, qui accuſare paratus eſt, ad eum, cui judicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi poſtulet, & qua lege eum reum faciar, profiteatur: deinde & in crimen ſubſcribat, id eſt, interprete Ulp. *l.* 3. §. 2. *de accuſ.* libello ſubſcribat, ſe profeſſum eſſe: quæ res ſimilitudine ſupplicii eum obſtringit, *l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de calumn.*

Textus.

Etymologia.

1. *Publica autem dicta ſunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

Notæ.

1. *Quod cuivis ex populo*] Exceptis iis, quibus hæc poteſtas jure publico adempta, *l.* 43. §. 10. *de rit. nupt.* junct. *l.* 8. *l.* 9. & *ſeqq. de accuſ.* Addendum, & quia cauſæ ſunr publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis è populo parer: privata tamen eſt reſpectu cauſæ, *l.* 30. §. 3. *de jurejur.* junct. *tit. de pop. act.*

Commentarius.

1 *Libertatem accuſandi hodie ſublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

C*Uivis ex populo*] D. Horomannus contra ideo hæc judicia publica dici exiſtimat, quia cauſæ publicæ ſunr, quæ æquè & universè ad omnes perrineanr. Sanè ſi ratio quæritur, cur hæc potiſſimum judicia publica facta ſint, eorumque perſecutio cuivis è populo permiſſa, probabile eſt, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maximè ad læſionem & turbationem ſtatus publici pertinent, Duar. *l.* 1. *diſp.* 37. Charond. 3. *veriſimil. c. ult.* add. Cujac. 8. *obſerv.* 33. Bene Chryſoſt. *Homil. ad Antioch.* Κοινὸν ἐστὶ τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἔξεστιν ἑκάστῳ τῶν βουλομένων κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *fere* dixit, illud ſignificans, quod Ulp. *l. palam.* 42. §. *ſenatus.* 10. *de rit. nupt.* ſcribit, publico judicio, cuivis ex populo experiri licere, niſi ſi cui lege aliqua accuſandi publico judicio non eſt poteſtas. Inrelligit autem eos, qui enumeranrur *l.* 8. *l.* 9. & *ſeq de accuſ.* Hodie hæc libertas accuſandi ſublata eſt, neque amplius 1
quilibet è populo ad accuſationem admitrirur, ſed ſoli advocati procuratoreſve fiſci aut Balivi jus accuſandi & crimina perſequendi habent, ubi vindicta publica agirur. Quod politici judicant rectius conſtitutum eſſe ad retinendam civium inter ſe concordiam. Nam nullus privatus civis poteſt accuſatoris perſonam ſibi ſumere abſque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit, ex qua re facile ſeditiones oriunrur inter cives. Quod incommodum præclarè viratum eſt, uni- 2
verſo hoc accuſandi munere demandato publicæ alicui perſonæ. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquiſitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum, & accuſanribus procuratoribus fiſci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. Clar. *lib.* 5. §. 1. *num.* 6. idem de jure Canonico affirmat ex *Gloſſ. in cap. infames.* 6. *quæſt.* 1.

Textus.

Diviſio.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia ſunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo ſupplicio afficiunt homines, vel etiam aqua & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera, ſi quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem ſunt, ſed non capitalia.*

Notæ.

2. *Ultimo ſupplicio*] Ultimum ſupplicium mortem ſolam interpretamur, *l.* 21. *de pœn.*

Cum damno pecuniario] Aut in corpus aliqua coercitione, *d. l.* 2. *hoc tit.* Exempla ſunt in §. 4. & §. 8. *inf eod.*

Commentarius.

C*Apitalia dicimus*] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias exiſtimationem ſignificet, *l. licet.* 103. *de verb. ſign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantùm vita, civitas, & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte

Digitized by Google

afficit, vel de civitate tollit, ſervitute, exilio, ſive deportatione, ea capitalia rectè nominantur, *l.* 2. *hoc tit.* Ultimum autem ſupplicium eſſe mortem ſolam interpretamur, *l. ultimum.* 21. *de pœn.* Sanè interdum etiam noſtri id ſolùm capitale vocant, cujus non alia pœna quàm mors eſt; ſed κατ' ἐξοχὴν. *l.* 4. *de pœn. l. tranſigere.* 18. *C. de tranſact.* Qui gradus ſint capitalium criminum, docet *l. capitalium.* 28. *de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicii publici non capitalis exemplum eſt in §. 4. & item in §. *item lex Julia.* 8. §. *inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna eſt, *d. l.* 2. *hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia ſint, ſive non ſint, famoſa ſemper ſunt, hoc eſt, damnatum publico judicio ſemper ſequitur infamia.

TEXTUS.

Exempla; de læſa Majeſtate.

3. *Publica autem judicia hæc ſunt. Lex Julia majeſtatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti ſunt, ſuum vigorem extendit. Cujus pœna animæ amiſſionem ſuſtinet, & memoria rei etiam poſt mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. *Animæ amiſſionem*] ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita*. Salluſt. *Catil. cap.* 20. *Libertas & anima noſtra in dubio eſt.*

Memoria rei poſt mortem damnatur] Rei ſc. perduellionis, qui quid hoſtili animo adverſus tempubl. vel Principem machinatus eſt: ſecus eſt, ſi quis ex alia cauſa majeſtatis reus ſit, *L. ult. eod. l.* 24. *de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majeſtatis in ſpecie.*
2 *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

DE ſolo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo ſunt genera criminis læſæ majeſtatis: unum perduellionis, quod eſt crimen imminutæ majeſtatis & graviſſimum & atrociſſimum, puta ſi quis hoſtili animo quid machinetur adverſus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majeſtatis vocatur, ſi quis ex alia cauſa legis reus ſit. Utriuſque exempla ſuppeditat *l.* 1. *cum*
1 *3. ll. ſeqq. ad leg. Jul. majeſt.* Quadruplicem autem inter majeſtatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima eſt, quod majeſtatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reip. læſerunt; veluti ſi quis duces hoſtium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hoſtium domi ſuæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adſcribendum putavit vir Cl. Ant. Matth. *de læſa majeſt. cap.* 2. *num.* 3. *lib. de crimin.*) aut ſi quis magiſtratui pro officio ſuo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui ſummam reipubl. labefactare conati ſunt. Altera differentia eſt, quod majeſtatis crimen in foro apud ſuum prætorem pro tribunali judicio certa lege conſtituto agebatur, ut ex *Verrin.* 3. & 7. cognoſcitur. Perduellio verò primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis; poſt autem à Pop. Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoſcebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo conſtat. Et Livius *lib.* 6. de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majeſtatis crimen non morte, ſed exilio mulctabatur, *l. eorum.* 24. *de pœn.* perduellionis verò damnatus, in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex *ead. orat.* Cic. & ex Dione *lib.* 37. cognoſcitur. Quartam differentiam Ulp. oſtendit *l. ult. ad leg. Jul. majeſt.* ubi ait, majeſtatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam poſt mortem damnari. Hodie hoc diſcrimen appellationis non ita ſtrictè obſervatur; ſed omnes, qui adverſus principem aut ſtatum reipublicæ quibuſcumque modis aliquid moliuntur, promiſcuè rei majeſtatis dicuntur, & omnium eadem eſt pœna, nimirum capitis. Mynſ. *hic. num.* 5. & 6.

Et memoria rei] Multa circa pœnam hujus 2 criminis propter atrocitatem ſpecialiter conſtituta ſunt, quæ paſſim ab aliis congeruntur. Unum illud eſt, quod mortuo quoque reo, & nondum poſtulato, crimen hoc inchoari & peragi poſſit, damnataque rei memoria bona fiſco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. majeſt. l. ult. C. eod. l. antepen. de accuſ.* cùm regulariter, qui in reatu decedunt, integri ſtatus decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque ſeveritate voluntas ſeu conatus hujus ſceleris, qua effectus punitur, *l.* 5. *C. eod.* & conſcii, qua auctores ipſi, *l.* 3. *C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egeſtate & infamia, *d. l.* 5. *C. eod.* Sane legi divinæ & vere juſtitiæ hoc repugnat, per *c.* 14. *lib.* 2. *Reg.* & *c.* 25. *lib.* 2. *Chronic.* nec omnino temere eſt, quod D. Budæus in *annotat. in tit. ff. ad leg. Jul. majeſt.* exiſtimat, auctores *d. l.* 5. Arcadium & Honorium pœnitentia poſtea ductos promulgaſſe ſanctiſſimam illam conſtitutionem, quæ extat in *l. ſancimus.* 22. *C. de pœn.* add. Pet. Fab. 3. *ſemeſtr.* 8. Covar. 2. *reſolut.* 8. & Νεῖ τοῖ D. Anton. Matth. *de criminib. ad tit. D. ad leg. Jul. majeſt. cap.* 3. *n.* 10. VINN. Immo ad d. legem intelligendam præ ceteris facit ſingularis Jac. Gothofredi commentatio, cui jungendus luculentus, collegæ olim conjunctiſſimi, Nic. Hieronymi Gundlingii Commentarius *de Crimine majeſtatis*, ubi & de uſu diriſſimæ legis multa haut proletaria occurrunt. HEIN.

Digitized by Google

Textus.

De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non ſolum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, ſed & eos, qui cum maſculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam ſtupri flagitium punitur, quum quis ſine vi vel virginem vel viduam honeſte viventem ſtupraverit. Pœnam autem eamdem lex irrogat ſtupratoribus, ſi honeſti ſunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: ſi humiles, corporis coercitionem cum relegatione.*

Commentarius.

1 *Inter ſtuprum & adulterium quid interſit?*

ADulterium eſt alieni thori violatio, ſive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantùm committitur, *l. 6. §. 1. l. ſtuprum. 34. §. 1. h. t. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter ſtuprum.* 101. *de verb. ſign.* & hoc textu adulteri γαμοφθόροι dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à ſacra Scriptura veteris teſtamenti abhorrere quidam exiſtimant, per text. *Lev.* 20 *verſ.* 10. *Deut.* 22, 22. *Gen.* 23. Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, ſive ſolutus cum conjugata rem habeat, ſive conjugatus cum ſoluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo.* 34. *quæſt.* 4. *can. non mœchaberis.* 15. *can. præcepit.* 19. *cum ſeqq. quæſt.* 5. & hanc ſententiam omnes fere Theologi amplectuntur, per text. *Matth.* 19. *verſ.* 9. *Marc.* 10. *Lucæ* 16. 18.

Gladio punit] Hæc pœna non eſt ex lege Julia, ſed ex *l. quamvis.* 30. *C. h. t.* quæ Conſtantini eſt. Pœna autem legis Juliæ relegatio fuit, ut conſtat ex Tacito *lib.* 1. 2 *&* 3 *annal.* & non obſcurè probat *l. 5. de quæſt.* Certè capitalem non fuiſſe, arguunt *l. 16. de divort. l. 11. h. t. l. 14. de teſtib. l. 13. de his quæ ut indign.* & ipſe Juſtinianus hanc pœnam Conſtantino tribuit *Nov.* 134. *cap* 10. Divus Auguſtin. *lib. 3. de civ. Dei.* diſertè ſcribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte mulctaſſe. Ut dubitandum non ſit, quin *l. transſigere.* 18. *C. de tranſact.* & *l. 9. C. hoc titul.* interpolatæ ſint à Triboniano. Cæterum adſcribitur legi Juliæ etiam ea pœna, quæ poſtea ſancita eſt, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterii ſerio & plenè caverat. Legibus Moſaicis adulterium item capitale eſt, & tam mœchus, quàm adultera morte puniuntur, *Levit* 20, 10. *Deut* 22, 22. Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, diſces ex *Ordinat. Polit. art.* 15. *& ſeqq.* add. Groenevv. *de legib. abrog. hic.*

Cum maſculis nefandam libidinem] *l. cum vir.* 31. *C. h. t.* quæ eſt Conſtantii & Conſtantis. Præpoſteræ Veneris ſeu παιδεραστίας, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc fere concrematio eſt. Damhoud. *prax. crim. c.* 96. Clar. §. *ſodomia. n.* 4. Gudelin. *de jur. nov. lib. 5. c.* 18.

Stupri flagitium] Lege Julia non modo de 1
adulteriis, ſed etiam de ſtupris cavetur, *l. 6. §. 1. h. t.* ubi Papinianus ait, legem ſtuprum & adulterium promiſcuè appellare: ſed propriè adulterium in nuptam committi; ſtuprum verò in viduam virginemve, quod Græci φθορὰν appellant: & ita quoque fere Modeſtinus in *l. inter ſtuprum.* 101. *de verb. ſign.* Idem Modeſtinus in *l. ſtuprum.* 34 § 1. *h. t.* adulterium in nupta admitti ait, ſtuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l. 6.* §. 1. & Modeſtinus *d. l. inter ſtuprum.* 101. ajunt, legem Juliam promiſcuè & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum eſt, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quaſi & verbum adulterii extra conjugatos uſurpatum eſſet: ſed quod ſtupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum ſtuprum & generis nomen eſt, & ſpeciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & ſtuprum propriè dictum eſt.

Honeſte viventem] Σεμνῶς. Nam conſuetudo cum ea, quæ corporis ſui copiam paſſim facit, ſtuprum non eſt, ſed ſimplex πορνεία, ſive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l. 22. C. h. t.* Pro ſtupro quoque non habebatur, conſuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permiſſus erat. Et hoc eſt, quod Modeſtinus ſcribit, ſtuprum committere, qui liberam mulierem conſuetudinis cauſa, non matrimonii, ſecum habet, excepta concubina, *l. ſtuprum.* 34. *pr. hoc tit. fac. l. 3. pr. de concub.*

Stupratoribus, ſi honeſti ſunt] Stupri damnatus, ſi honeſtæ exiſtimationis fuit, dimidia parte bonorum mulctatur: ſi turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honeſtis aut humilibus hic dicitur, propter *l. 7 C. de inceſt. nupt.* Lex Attica ſtupratorem ita mulctabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Moſaica, ut & duceret & dotaret, *Deut.* 22, 29.

Textus.

De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de ſicariis, quæ homicidas ultore ferro perſequitur, vel eos, qui homines occidendi cauſa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noſter ex interpretatione legum duodecim tabularum ſcriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, ſed & nunc omne*

ſigni-

ſignificat, quod manu cujuſque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum, & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τηλȣ̃ figuratum. Et hanc ſignificationem invenire poſſumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant, ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon: nam ita ſcribit; καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à ſica, quod ſignificat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odioſis, tam venenis, quàm ſuſurris magicis homines occiderint; vel mala medicamenta publicè vendiderint.

NOTÆ.

5. *Ultore ferro*] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad ſui temporis rationem: & exigit hoc lex divina. *Exod.* 21, 12. *Lev.* 24, 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit & bonorum omnium ademptio: quamquam poſtea humiliores capite puniti, *l.* 3. §. *pen. l. pen. hoc tit.*

Admonet nos Xenophon] Ita rectè legitur, ut & in *d. l.* 233. §. 2. *de verb. ſign.* unde hìc locus deſcriptus eſt. Theoph. τούτου δὲ μάρτυς Ξενοφῶν οὕτω γράφων. Denique ſubjecta verba Xenophontis eſſe agnoſcuntur ex *lib.* 5. ἀναβάσ. Haloander in *Xerolopho*. Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Conſtantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gell. *lib.* 4. *de topograph. Conſtantinop. cap.* 1.

A ſica] Romani, teſte Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, *incurvos gladios* ſicas appellant. Per abuſionem tamen ſicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque commiſerunt. Quint. *lib.* 10. *cap.* 1.

Suſurris magicis] Incantationibus, γοητείαις. *Nov.* 115. *c.* 4. quo referenda illa legis duodecim, *Qui malum carmen incantaſſit. Qui fruges excantaſſit*, &c. Vid. Plin. *lib.* 28. *c.* 2. Auguſtin. 8. *de civ. Dei.* 19.

COMMENTARIUS.

JUſtinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de ſicariis; ut ſuperiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in inſulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more judiciorum temporibus Marciani & Modeſtini, honeſtioris loci homines deportabantur: ſequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id eſt, morte: humiliores etiam beſtiis ſubjiciebantur, *l.* 3. §. *pen. in fin. l. pen. h. t. ad leg. Corn. de ſicar.* Paul. 5. *ſent.* 23.

Ultore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad ſui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indiſtinctè homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex divina. *Exod.* 21, 12. *Lev.* 24, 17.

Qui hominis occidendi cauſa] Lege Cornelia de ſicariis non tantùm homicidæ, ſed etiam qui hominis occidendi cauſa cum telo fuerint, tenentur, *l.* 1. *pr. eod.* Exiſtimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tuliſſe poſt ſæviſſimam civium proſcriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum paſſim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere voluiſſe. Hodie generali conſuetudine huic parti legis derogatum eſt, nec jam conatus aut delictum non conſummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teſte Claro *lib.* 5. §. *ult. q.* 92. Ant. Matth. *de crim. c.* 3. *num.* 10. *& ſeq. D. h. t.* Sand. *lib.* 5. *tit.* 9. *defin.* 11.

Telum autem] Hìc locus deſcriptus eſt ex Cajo *l. ſi calvitur.* 233. §. 2. *de verb. ſign.* & eſt ſatis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium & vel maximè intellexerit: quamvis propria teli ſignificatio, quæ hìc indicatur, gladio non conveniat.

A ſica quod ſignificat ferreum] Romani teſte Suida, τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios, ſicas vocant. Erat autem ſica genus gladii brevioris, Perſici fere acinacis magnitudine, ut commodè ſub veſtibus occultari potuerit: quod ex Joſepho *lib.* 1. *Antiq.* diſcimus. Per abuſionem autem omnes ſicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commiſiſſent, auctore Fab. *lib.* 10. *c.* 1.

Venefici] Venefici dicuntur & qui veneno homines occidunt, quod plus eſt, quàm occidere gladio, *l.* 1. *C. de maleſ.* & qui artibus, ſive, ut hìc ait Juſtinianus, ſuſurris magicis: ad cujuſmodi ſuſurros referenda illa legis 12. tabularum: *Qui malum carmen incantaſſit: Qui fruges excantaſſit. Neve alienam ſegetem pellexeris.* Item illud Virgilii, *Eccl.* 8. *v.* 99.

Atque ſatas alio vidi traducere meſſes.

& id genus alia, quæ ſuperſtitio mortalium vi magici carminis effici poſſe credidit: vid. *l.* 4. & *l.* 7. *C. de malefic.* Plin. *lib* 28. *c.* 2. Auguſtin. *lib.* 8. *de civ. Dei c.* 19. Sed veriſſimè Seneca *lib.* 4. *nat. quæſt.* 7. *Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus, & repelli; quorum nihil poſſe fieri tam palam eſt, ut hujus rei cauſa nullius philoſophi ſchola intranda ſit.* Ego ſanè ſic perſuaſum habeo, multa nimis temere credi, & veneficis ſagiſve falſo affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines inſontes ignibus tradi; quo ſupplicii genere pridem ſagæ affici cœperunt. Extat memorabile arreſtum Senatus Pariſienſis pro Valdenſibus Atrebatenſibus, *les Vaudois d'Arras*, editum 20. *die Maji* 1491. quo ampliſſimus ordo teſtatur, nihil ſe in accuſatione eorum animadvertere potuiſſe præter meras ſycophantias. VINN. Egregium Vinnii teſtimonium, quod illos merito dare deberet in ruborem, qui etiamnum hujuſmodi anilibus fabellis oblectantur. Errorem

hunc

hunc vulgarem maſculè in Germania oppugnavit Vir celeberrimus Chriſtianus Thomaſius in variis ſcriptis *de crimine magiæ*, quæ quamvis bilem multis moverint, tamen tantam attulerunt utilitatem, ut iis locis, ubi antea frequenter rogi accendebantur, hodie vix ſagarum nomen in foris audiatur. HEIN.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. *Alia deinde lex aſperrimum crimen nova pœna perſequitur, quæ Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut ſi quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejusque nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (ſive clam, ſive palam id auſus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum eſt, vel conſcius criminis exiſtit, licet extraneus ſit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli ſolemni pœnæ ſubjiciatur, ſed inſutus culleo cum cane & gallo gallinaceo, & vipera, & ſimia, & inter eas ferales anguſtias comprehenſus (ſecundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum uſu vivus carere incipiat, & ei cœlum ſuperſtiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate perſonas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de ſicariis ſuſtinebit.*

NOTÆ.

6. *Aſperrimum crimen*] Nefas ultimum vocat Seneca 1. *de Clem.* 23.

Neque gladio] Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, niſi quod hæc etiam conſcios ſceleris puniret, *l.* 1. *l.* 6. *eod.*

Inſutus culleo, &c] *d. l.un. C. de his, qui par. vel lib. occid.* Prius tamen virgis ſanguineis cæſus, *l. pen. eod.* De pœna cullei Cic. *in ea pro Sexto Roſcio*. Sen. 1. *de clem.* 15. Juven. *ſatyr.* 8. Etiam aliud ſupplicii genus uſurpatum invenio apud Paul. 5. *ſent.* 24.

COMMENTARIUS.

HIc quoque idem fere accidit quod ſuperius, nimirum ut pœna cullei adſcribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum inſtituta eſt, *l.* 9. *pr. h. t. de leg. Pomp. de parric.* adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Cicer. *pro Roſc. Amerin.* conſtat, atque in eum tantùm, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: ſi quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de ſicariis plectitur, *l.* 1. *d. l. pen.* §. 1. *h. t.* Conſtantinus & filios adjecit, *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipſum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter perſonas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, niſi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas perſonas coerceret, & quod hæc etiam conſcios ſceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l.* 6. *eod. & hoc text.*

De parricidiis] Parricida propriè dicitur, teſte Charíſio *lib.* 4. qui patrem occidit, quaſi patricida, aut per ſyncopen quaſi parenticida. Sæpe tamen idem verbum pro quavis ἀνδροφονίᾳ Romani uſurpant: quod & Plutarchus *in Romulo* obſervavit. Sic quæſtores parricidii, appellati quæſtores rerum capitalium: & clauſula, *Parricida eſto*, in omni re capitali ponebatur. Cic. 2. *de legibus. cap.* 9. *Sacrum, ſacrove commendatum qui clepſerit rapſitve, parricida eſto*, id eſt, *capital eſto*. Sed fortaſſis hìc conſuetudo ſcribendi R geminavit, cùm unico ſcribendum fuerit: de quo ita Feſtus in verb. *Parici quæſtores*. *Paricida non utique is, qui parentem occidiſſet, dicebatur, ſed qualemcumque hominem*: in quam rem citat legem Numæ his verbis compoſitam; *Si quis hominem liberum dolo ſciens morti duit, paricida eſto.*

Aut affectionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. h. t. & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui ſocerum, ſocrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etſi ultimo ſupplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, *l. pen eod. & hoc text. in fin.*

Sed inſutus culleo cum cane, &c.] Supplicium parricidæ eſt, ut virgis ſanguineis verberatus, ac mox culleo inſutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera, & ſimia, in mare aut profluentem projiciatur. Cic. *in ea pro Sext. Roſc. cap.* 11. de culleo ſolo loquitur, ſed Sen. *lib.* 1. *de clem. c.* 5. etiam ſerpentis meminit Juvenalis ſerpentis item & ſimiæ, *ſatyr.* 8. Veriſimile eſt, Conſtantinum canem & gallum gallinaceum addidiſſe. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modeſtinus à Triboniano interpolatus, mori majorum, *d. l. pen. pr. h. t.* Aliud quoque ſupplicii genus uſurpatum invenio apud Paul. *lib.* 5. *ſent.* 25. ut parricida vel vivus combureretur, vel beſtiis objiceretur. Pœna cullei hodie in uſu eſſe deſiit. Ant. Matth. *ad hunc tit. c.* 2. *n. ult.* Groenevv. *de ll. abr. hic.* Sande *lib.* 5. *tit.* 19. *defin.* 3 Gudel. *de iur. nov. lib.* 5. *c.* 17. ubi & de vario genere ſupplicii, quo nunc parricidia puniri ſolent.

Omnium elementorum uſu] Quid myſterii ſit in pœna cullei, oſtendit Cic. in *d. orat. pro Sext. Roſc.* & Theophil. hìc. Leucipp. 3. ἵνα μὴ τὴν ψυχὴν μετὰ θάνατον, ἀλλὰ ἢ τὴν ταφήν. Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto ſepulcrum negat.* Et Ovid. *lib.* 8. *Metamorph. v.* 97.

Dii te ſummoveant, o noſtri infamia ſecli,
Orbe ſuo, telluſque tibi pontuſque negetur.

TEX-

TEXTUS.

De falſis.

7. *Item lex Cornelia de falſis, quæ etiam teſtamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui teſtamentum, vel aliud inſtrumentum falſum ſcripſerit, ſignaverit, recitaverit, ſubjecerit, vel ſignum adulterinum fecerit, ſculpſerit, expreſſerit, ſciens, dolo malo. Ejuſque legis pœna in ſervos ultimum ſupplicium eſt, quod etiam in lege Cornelia de ſicariis & veneficis ſervatur: in liberos verò deportatio.*

NOTÆ.

7. *Ejuſque legis pœna*] Ex Marciano *l. 1. §. ult. eod.* adde Paul. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

TEſtamentaria vocatur*] *l. 30. h. t. ad l. Corn. de falſ.* Paul. *5. ſenſ. 25.* Ex eo autem fortaſſis ſic appellata eſt, quod majore ejus parte de falſo in teſtamento commiſſo caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin. 3. Cornelia teſtamentaria, nummaria, cæteræ complures*, &c.

Vel aliud inſtrumentum] Hoc ex Senatuſconſulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius exiſtimat: legem enim ipſam tantùm de nummis & teſtamentis falſis caviſſe.

Scripſerit, ſignaverit, &c.] Apud Paulum *d. loc.* additur, *amoverit, reſignaverit, deleverit, quive nummos aureos, argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raſerit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principis ſignatam monetam præter adulterinam reprobaverit*, *l. 1. l. 2. l. 8. l. 9. & paſſim hoc tit.*

In ſervos ultimum ſupplicium] Pœna falſi deportatio eſt & omnium bonorum publicatio: ſervi ultimo ſupplicio afficiuntur, *l. 1. §. ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quaſi falſi: nimirum cùm aliter falſitas committitur, quàm uti nominatim lege Cornelia cautum eſt: qui caſus ex Senatuſconſulto aut Principum conſtitutionibus ad rationem legis accommodati ſunt. Quod ſi id exigat magnitudo commiſſi, etiam capitali ſupplicio in eum, qui falſum commiſerit, animadvertitur, *l. 22. C. de falſ.* Noſtris moribus pœna falſi aut exilium eſt, aut fuſtuarium, prout judex decernet. Gudel. *d. lib. 5. cap. 20.* Damhoud. *prax. crim. cap. 119. & ſeqq.* Zypæ. *not. jur. Belg. de falſ.*

TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica ſeu privata adverſus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel ſine armis commiſerint. Sed ſiquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: ſi verò ſine armis, in tertiam partem bonorum ſuorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel ſanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur ſecundum noſtræ conſtitutionis definitionem, ex quo hoc apertius poſſibile eſt ſcire.*

NOTÆ.

8. *In tertiam partem bonorum*] *l. 1. l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.*

Sanctimonialis] Aſcetriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *l. un. C. de rapt. virg.*

Capite puniuntur] Licet mulier raptui conſenſerit, *d. l. un. §. 2.* quod tamen non de ſimplici & ſpontaneo aſſenſu accipiendum; ſed ita, ſi conſenſerit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius eſſe putant verbis perſuaſoriis pellicere mulierem, quàm vi uti. Liban. *decl. 2.* Plutarch. in *Solon.*

COMMENTARIUS.

VIm armatam, vel ſine armis*] Cur vis cum armis facta publica, ſine armis privata habita ſit, hæc ratio eſt, ut alibi quoque diximus, quod armis uti ſolius reipublicæ eſt: unde lex duodecim tabularum cum telo eſſe nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Julia] De vi publica damnati deportantur. Ulp. *l. 10. §. ult. ad leg. Jul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici; ſed notum eſt, huic pœnæ deportationem ſucceſſiſſe. De vi privata damnati tertia parte bonorum ſuorum mulctantur, *l. 1. & l. ult. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur] Licet mulier raptui conſenſerit, *l. un. §. pœnas autem. 2.* ibi, *ſive volentibus, ſive nolentibus, C. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. ſcienti. 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. uſque adeo. 5. de injur.* Neque enim *d. l. un.* de ſimplici & ſpontanea voluntate aut aſſenſu mulieris accipienda eſt: ſed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promiſſionibus, aliiſque malis artibus perſuaſa raptori conſenſerit: quo caſu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cùm doloſa perſuaſio non minus malum ſit, quàm violenta coactio: per *l. 3. §. ſi quis volentem. 5. de lib. hom. exhib. lib. 1. §. 3. de ſerv. corr.* Unde Solon ſeverius punivit eum, qui perſuaſoriis verbis pellexiſſet mulierem, quàm qui vi uſus eſſet, teſte Plut. add. Liban. *declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria eſt, & creſcit pro gravitate admiſſi. Damhoud. *prax. crim. c. 200. num. 8.* Perez. *C. ad leg. Jul. de vi in fin.* Virgini vel viduæ ſtuprum per vim inferentes capite puniuntur, Zypæ. *not. jur. Belg. de adult. verſ. ſtupro.* Damhoud. *d. prax. c. 92.*

dec.

Digitized by Google

dec. Cur. Holl. 47. Attentatum per vim ſtuprum, ſed non conſummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Friſiæ. Sande *lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 11.

Textus.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem ſacram, vel religioſam furati fuerint. Sed ſiquidem ipſi judices tempore adminiſtrationis publicas pecunias ſubtraxerint, capitali animadverſione puniuntur: & non ſolum hi, ſed etiam qui miniſterium eis ad hoc exhibuerint, vel qui ſubtractas ab his ſuſceperint. Alii verò qui in hanc legem inciderint, pœnæ deportationis ſubjugentur.*

Commentarius.

Lege Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve ſacram aut religioſam furatur, *l.* 1. *l.* 4. *h. tit. ad l. Jul. pecul.* Peculatus enim duplex eſt, furtum pecuniæ publicæ, quod propriè & in ſpecie *peculatus*, & rei ſacræ, quod *ſacrilegium* propriè vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut ſacræ furtum, *l.* 9. §. 2. *eod.* Addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo eſt: nam æedituum in his, quæ ei tradita ſunt, peculatum non committere.

Siquidem ipſi judices] Qui pecuniam publicam, quam ipſe adminiſtrat, averterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut miniſterium præbet, *l. unic. in fin. C. de crim. pecul.*

Pœnæ deportationis] Ob ſimplicem peculatum pœna deportationis imponitur, *l.* 3. *eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi autem, id eſt, qui publica ſacra compilaverunt, capite puniuntur, *l.* 9. *eod.* Clar. §. *ſacrilegium.* Anton. Matth. *de crim. cap.* 2. & 3. *de leg. Jul. pecul.* Damhoud. *prax. crim. cap.* 111.

Textus.

De plagiariis.

10. *Eſt & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex ſacris conſtitutionibus irrogat, interdum leviorem.*

Notæ.

10. *De plagiariis*] Plagiarius eſt, qui liberum hominem vel ſervum alienum dolo ſupprimit, *ἀνδραποδίζει*. Lyſ. *orat.* 9. ſupprimendo enim plerumque plagium committitur, *l.* 3. 5. 6. *hoc tit. l.* 2. 5. 6. *C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l.* 1. 2. 4. *D. eod.*

Interdum capitis pœnam] Ex ipſa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: poſtea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *l. ult. eod. l.* 7. *l. ult. C. eod.* uti & lege Divina, *Exod.* 21, 16. *Deut.* 24, 7.

Commentarius.

Plagium nihil aliud eſt, quàm liberi hòminis, vel ſervi alieni ſuppreſſio dolo malo facta. Nam plerumque ſupprimendo plagium committitur, *l.* 3. *l.* 5. & 6. *hoc tit. de leg. Fab. l.* 2. *l.* 5. *l.* 9. & 14. *C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l.* 1. 2. & 4. *eod.* Pœna plagii ex ipſa lege Fabia pecuniaria erat: poſtea gravius puniri cœpit, & nonnuliis caſibus etiam capite, *l. ult. eod. l.* 7. & *l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui ſciens dolo malo liberum hominem vendit, morte mulctatur. *Deut. c.* 24. 7. *Exod.* 21. 16. quod tranſcriptum in decretalibus Gregorii, *cap.* 1. *de furt.* & adhuc hodie obtinet, ſi celandi animo crimen commiſſum: alias fere virgis & relegatione, Clar. §. *fin. quæſt.* 68. *num.* 31. Perez. *in C. ad leg. Fab. de plag. n.* 6.

Textus.

De ambitu, repetundis, annona, reſiduis.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de reſiduis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amiſſionem non irrogant; aliis autem pœnis eos ſubjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

Excuſatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc expoſuimus, ut vobis poſſibile ſit, ſummo digito, & quaſi per indicem ea attigiſſe: alioqui diligentior eorum ſcientia ex latioribus Digeſtorum ſeu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura eſt.*

Notæ.

11. *Repetundarum*] Vid. *l.* 3. & 4. *de leg. Jul. rep.* de pœna eſt in *l.* 7. §. 2. *eod. l.* 1. *l. ult. C. eod.*

De annona] Adverſus eum, qui annonam publicam fraudaverit, vel vexaverit, &c. *l.* 2. *de leg. Jul. de annon.* add. *l.* 37. *de pœn. l.* 6. *de extr. crim.* Apud Athenienſes pœna capitis ſtatuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant, annonamve ſupprimebant. Lyſ. *orat.* 21.

De reſiduis] Hac lege damnatus amplius tertia parte quàm debet, punitur, *l.* 2. *l.* 4. §. 5. & 2. *ſeqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in uſum aliquem retinuit, *l.* 2. *eod.* ſeu apud quem ex pecunia publica quid reſedit, *d. l.* 4. §. 3.

12. *Et*

Digitized by Google

12. *Et quaſi per indicem*] Id eſt, leviter, ſummatim, ὑποτυπωτικῶς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenſo. Aſcon. in *Verr.* 3. *Antequam cauſam agerent, quaſi per indicem res exponebant*, &c.

COMMENTARIUS.

DE *ambitu*] Ubi ſinguli regunt, ambitus nullus uſus eſt: ſed frequens ubi univerſi, ut Romæ olim ante conſtitutionem Principis frequentiſſimum fuiſſe conſtat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & ſimiles de ambitu, id eſt, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges ceſſaverunt in urbe, ex quo magiſtratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, ſublato populi ſuffragio: quod nominatim de lege Julia de ambitu memorat Modeſtinus *l.un. pr. de leg. Jul. ambit.* ſicut & apud nos occaſio ejus exercendæ ſublata: de quo Groenevv. *de ll. abrog.D. de leg. Jul.de ambit.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago; cui Perrus maledixit, quod ab Apoſtolis Spiritus Sancti grariam pecunia emere voluit. *Actor. c.8. can.quidam. 24. q. 3.* Eſt enim Simonia, cùm aliquid pro ſpiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. x. de Simonia*. VINN. Pœna C. aureorum tantùm ad municipia, & eos accuſatores & reos qui domum judicis ingrediuntur. *l. un.* §. 1. §. 4 *ff. de L. Jul. amb.* Alioquin pœna legis Juliæ fuit deportatio. Paull. *Recept. Sent.* 5. 30. *l. un. C. h. t.* HEIN.

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam poteſtatem haberet, pecuniam ob judicatum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio ſuo faceret, *l.* 3. *l.* 4. *de leg. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria eſt, nunc relegatio, vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo ſcilicet & qualitate ſceleris, *l.* 7. §. 3. *eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur, *l.* 1. *l. ult. in fin C. eod.*

De annona] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum ſtatuitur adverſus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum eſt, ut annona carior fieret, *l.1. & l.2. de leg. Jul. de annona*. Quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii ſeu pantopolæ & ſeplaſiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios.* 37. *de pœn. l.* 6. *de extraord. crim*

De reſiduis] Crimen reſiduorum eſt pecuniæ publicæ alicui ad uſum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad ſuos uſus converſio, ſive in ſolidum, ſive ex parte. Et quod in rationibus pecuniiſve privatis eſt reliqua, id in puplicis propriè eſt reſidua; ſic dicta, quod apud eum, cui adminiſtranda data eſt, pecunia publica reſideat. Hac autem lege damnatus amblius tertia parte, quàm debet, punitur, *l.* 2. *l.* 4. §. 3. *&* 2. §§. *ſeqq. ad leg. Jul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis ut & præcedentium fere, arbitraria eſt, Groenevv. *tract. de legib. abreg. ad rubr. C. de pœn.* Hæc παρέργως & tralatitiè, ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

INDEX I.
RERUM ET VERBORUM
IN ARNOLDI VINNII COMMENTARIUM:
Ubi numerus paginam, littera verò a *priorem conſignat, &* b *poſteriorem columnam.*

A

Acceptilationis definitio à Modeſtino tradita. 803. a. alia plenior & planior. 803. b. Acceptilatio an ſpecies ſit ſtipulationis. 803. b.

Acceptilationis & ſolutionis communia & propria. 804. a. In forma acceptilationis, quæ conſideranda. *ibid.* Materia ſeu objectum. *ibid.* b.

Acceſſionum genera. 185. b.

Acceſſionis vice, quid, cui, & quando cedat. 186. a

Acceſſionis & ſpecificationis differentia. *ibid.* Domino partis, quæ ceſſit, quomodo conſulatur. 186. b

Accreſcendi jus quid ſit. 292. a. 487. b. In hæreditatibus id jus valere ex neceſſitate. 487. b. Deficientium hæredum portiones quibus accreſcant, & pro qua parte. *ibid.* b. Valere idem jus & in legatis, ſed ex ſola voluntate teſtatoris. 488. a Vetus circa jus accreſcendi differentia inter genera legatorum. *ibid.* a.

Accreſcendi jus non eſſe inter legatarios diverſarum rerum. 489. a. Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accreſcat. *ibid.* a. An conjuncti poſt obitum teſtatoris mortui pars conjuncta accreſcat. 491. a.

Accreſcendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. 491. b. an in contractibus. 710. a.

Actio quomodo conſideranda, quatenus tertium juris objectum conſtituit. 855. a. Ex quo jure actiones proficiſcantur. *ibid.*

Actionis nomen quàm latè pateat. 855. b. Quot modis uſurpetur à noſtris. 856. a.

Actio in rem cum domino ambulat, eaque tenetur noviſſimè poſſidens. 864. b.

Actiones in perſonam nec ex contractu, nec ex maleficio. 865 a.

Actio reſciſſoria quibus ex cauſis à prætore detur: ejuſque introducendæ occaſio. 879. a.

Actio ex ſtipulatu de dote cur plenior, quàm rei uxoriæ. 913. a. Singularia circa illam ex ſtipulatu à Juſtiniano conſtituta. *ibid.* b.

Actio in rem quid ſit, unde naſcatur, & cui competat. 866. a. Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem. 866. b. Petitio hujus actionis propria. 868. b. An poſſeſſor contra vindicare teneatur. *ibid.* a.

Actio pœnalis nulla in hæredem datur, licet ex contractu. 951. b.

Actio de peculio & actio de in rem verſo an duæ diverſæ actiones. 933. b.

Actio in perſonam quid, cui, adverſus quem detur. 866. a. quid petat: ubi & de formularum diverſitate. 868. b.

Actio præſcriptis verbis unde dicta. 759. a.

Actio ex jurejurando qualis. 890. b. In perſonam eſſe, quacumque ex cauſa juratum ſit. *ibid.* Quod genus jurisjurandi eo pertineat. 891. a. Quam ob cauſam actio ex jurejurando à prætore introducta: cui, adverſus quem, quo effectu detur. *ibid.*

Actio de partu agnoſcendo, cui, adverſus quem, quo effectu detur. 895. b.

Actio de jure familiæ inter patrem & filium. Et quid hæc ab illa de partu agnoſcendo differat. *ibid.*

Actio Pauliana in perſonam eſt. 881. a. Cui, quando detur. 882. a. Quæ concurrere debeant, ut huic actioni ſit locus. 882. a. Intentio creditorum in actione Pauliana. 883. a. quamdiu, ex quo tempore competat. *ibid.*

Actio directa quot modis dicatur. 839. b.

Actio utilis quid, & qua ratione, quando, à quibus introducatur. *ibid.* Directa actio tam ex ſententia legis, quàm quæ ex verbis: utilis, quæ tamquam ex ſententia: in factum cui nec oratio, nec ſententia convenit. *ibid.* Appellatione actionis in factum, interdum & utilem ſignificari. 840 a.

Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adverſus eum, qui junxit bona fide. 191. b. An exemptione tigni poſſit evitari dupli præſtatio. 192. a. Apud nos huic actioni non eſt locus. 192. b.

Actio in rem etiam in loco domicilii poſſeſſoris moveri poteſt. 859. a. Non poteſt inſtitui, niſi certus ſit poſſeſſor. 969. b.

Actiones rei perſecutoriæ quæ, & quæ pœnales. 900 b. Rei perſecutoriæ omnes, quæ in rem. 901. a Ex contractu una mixta. *ibid.* Pro pœnalibus quæ habeantur, cùm à parte actoris pœnales non ſint. 902. b. An ulla actio plus quàm quadruplum perſequatur. 904. b.

Ho-

Hodie actiones omnes eſſe rei perſecutorias. 907. b.
Actiones rei perſecutoriæ omnes & hæredibus & in hæredes dantur. 950. b.
Actio quibus caſibus ex contractu non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit. 952. a.
Actiones omnes judicio incluſas perpetuari: & quid hìc juris hodie. ibid. b.
Actiones populares. 859. b.
Actiones confeſſoria & negatoria non ex figura verborum, ſed ex ſententia & re petita æſtimandæ. 870. a. An hæ actiones pro alio jure, quàm pro ſervituribus, etiam dentur. 869. b.
Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita. 872. b. Cur prodita in rebus incorporalibus. ibid. Cur in rebus corporalibus actio poſſeſſori non detur. 873. b.
Actiones prætoriæ quæ. 874. b. Prudentum non fuit actionem dare. 875. b.
Actiones mixtæ an tertiam ſpeciem conſtituant. 86,. a. An actiones in rem ſcriptæ. 864. a.
Actiones pœnales, quibus nihil amplius perſequimur quàm quod abeſt. 951. b. Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cùm dentur hæredibus. ibid.
Actiones bonæ fidei quæ, & unde ſic dictæ. 908. b
Actiones ſtricti juris quæ, & unde ſic appellatæ. 909. b. Harum actionum inſignes differentiæ, & an quæ adhuc maneant. ibid.
Actiones bonæ fidei nullas eſſe præter eas, quæ à Juſtiniano recenſentur. 911. a.
Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris. Conſtitutio Caroli V. an. 1529. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem quando alius, quàm debitor, pignus poſſidet: tum quid hìc juris apud Batavos. 884. b.
Actionis de peculio introducendæ cauſa. 888. b eſſe in perſonam. 889. a. ex delictis non dari. ibid. b.
Actione de peculio non conſumi obligationem cum filio aut ſervo contractam. ibid. Cauſæ ex quibus ſervus dominum, filius patrem de peculio non obligant. ibid.
Actionis de pecunia conſtituta introducendæ cauſa. 887. b. Qui quibus ex cauſis hac actione teneantur. 888. a.
Actionis hypothecariæ introducendæ cauſa. 884. a. Qualis ſit hæc actio, quibus, adverſus quos, quo exitu detur. ibid.
Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c. 859. b.
Actionum diviſio in rem & in perſonam unde ſumpta. 860. b.
Actus quid ſit. 232. a.
Actum qui habet, etiam armenta trajicere poteſt. ibid. & vehiculum agere. ibid. & ire ſine jumento. ibid.
Ademptio legatorum quot modis fiat. 532. a. quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati cauſa alienata ſit, necne. 497. b. Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. 498. a.
Adeundo aut pro hærede gerendo ut quis hæres fiat, quarum rerum eum gnarum eſſe oporteat. 470. b. Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur. 470. a.
Aditam poſt hæreditatem derelinqui non poſſe. 467. a.
Actionem & pro hærede geritionem duo eſſe diſtincta genera acquirendæ hæreditatis, nec eſſe plura. 469. a.
Adoleſcentes inviti olim curatores non accipiebant. 128. a.
Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent. 372. b. emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio prætoris recuperant. ibid. b.
Adoptio quid, apud quos olim ejus uſus. 78. a.
Adoptionis uſus hodie ſublatus, etiam in Gallia. 79. a.
Adoptio in ſpecie dicta quid ſit, & quorum, apud quos, quomodo fiat. 80. b. quid circa eam novi conſtituerit Juſtinianus. 81. b.
Adoptio, naturæ imago, & quid inde. 84. a.
Adoptiva filia nec adoptione diſſoluta uxor duci poteſt. 64. a.
Adoptivorum ſucceſſio exſoleta. 586. b.
Adrogatio quid ſit, & quorum, apud quos, quomodo fieri ſoleat. 80. b. In adrogatione impuberum quæ excutienda. 82. b.
Adrogationis effectus. 86. b.
Adrogator quid, cui caveat. 82. b.
Adrogatori non tantùm proprietas, ſed etiam poſſeſſio acquiritur. 646. a.
Adſcriptitii qua conditione ſint. 32. b.
Adſcriptitiæ conditionis qui hodie. 33. a.
Adſectari cur injurioſum. 843. b.
Adſignare libertum quid ſit. 633. b.
Ædificia etiam non habitandi cauſa parata, urbana prædia cenſeri in materia ſervitutum. 234. a.
Ædiles Curules: nomen, & procuratio. 25. b.
Æquitas quid & quotuplex. 29. a.
Ærarium quid, & quid fiſcus. 279. b.
Æſtimationis auctæ commodum, & diminutæ incommodum, ad creditorem pertinet. 664. a. cujus temporis in æſtimatione ineunda hìc ratio habeatur. ibid.
Ætas annor. 25. cur finem afferat curationi. 127. a.
Ætas legitima in matrimonio. 60. b.
Affines, qui, & an etiam gradus affinitatis. 68. b.
Affinitatis genera. ibid.
Affinitatis tranſverſa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit. 70. a.
Affinitas propriè ſponſalibus non contrahitur. 72. a. naſcitur etiam ex illegitima conjunctione. ibid. b.
Agnatorum nomen quot modis uſurpetur. 592. a.
Agnatorum ſucceſſionem cur latius diffundi placuerit, quàm cognatorum. 613. a. hoc diſcrimen ſublatum. ibid.

Agna-

Digitized by Google

Agnatorum ſucceſſio, & novo jure cognatorum, an certo gradu terminetur: & quid hic uſus ſervet. *ibid.* b.
Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid interſit. 105. a.
Album prætoris: & quale judicium in eum, qui album corrupit. 892. a.
Alienandi verbum quàm latè pateat ex ſententia legis Juliæ. 295. b.
Alluvio quid. 176. a. quibus in agris locum habet. *ibid.* quid hic juris apud Batavos. *ibid.* b.
Alveus deſertus primi occupantis fit, ſi vicini agri limitati. 181. a.
Alvei exſiccati pars quando apud nos privatorum fiat. *ibid.*
Alveus an aliquando priori domino reſtituatur flumine recedente. 181. b.
Alveus fluminis extra uſum publicum exiſtimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde. 180. b.
Ancilla ſi cum natis legata ſit, duo intelligi legata ſeparata & æquè principalia. 504. b. Item ſi ſervus cum vicariis ſuis. 505. a. Secus ſi ſervus cum peculio, aut penu cum vaſis. *ibid.* aut fundus cum inſtrumento. *ibid.*
Apes omnes natura feræ. 171. a.
Aqua profluens non idem, quod flumen. 159. b.
Aquæ ductus, quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat. 233. a.
Aquæ & ignis interdictionis origo & cauſa. 106. b. In locum hujus pœnæ ſucceſſit deportatio. 109. a.
Arbitrariæ actiones an tertiam ſpeciem actionum conſtituant. 916. b. ex quo ſit, quod actio de eo, quod certo loco, arbitraria. *ibid.* Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis. 917. a. in ea quod certo loco, una ſententia rem tranſigi. *ibid.* b. in illis duplicem intervenire ſententiam, & mores hodierni. *ibid.* a.
Arbitrariarum & bonæ fidei diſcrimen. 919. a.
Arbitratores, quos vocant, judices non eſſe. 862. b.
Arbitri & judicis nomina quàm diverſimodè accipiantur. 86·. b.
Arboris tranſplantatæ proprietas poſt coalitionem ita immutatur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. 195. b. priori domino quomodo conſulatur de pretio plantæ. *ibid.*
Areæ legatæ ſi domus impoſita ſit, ſuperficiem ſimul cum ſolo deberi. 507. a.
Arrha datur vel ut ſymbolum, vel ut ſit pars pretii; & effecta utriuſque. 744. a.
Aſſis ejuſque partium uſus quàm frequens, & quibus in rebus fuerit. 384. b.
Aſyli jus non eſſe dandum ſicariis, raptoribus, &c. 53. a.
Attentatio pudicitiæ cur injurioſa. 843. b.
Auctoritatis verbum quàm variè uſurpetur, & quid eo in Duodecim ſignificetur. 266. b.
Auctoritate propria nemo poteſt quod ſibi debetur occupare. 857. a.

Vinnius in Inſtitut.

B

BAnniti quo numero habendi. 89. a.
Batavi quibus in locis quondam jure Scabinico, & in quibus Æſdomico circa ſucceſſionem ab inteſtato uſi. 617. b.
Beneficium competentiæ quibus quas ob cauſas datur. 926. b Quale ſit hoc beneficium, perſonæ an rei cohærens. 928. b.
Beneficium ordinis, *vide* Ordinis.
Beneficium diviſionis quale ſit, & quibus competat. 729. b. Conditiones, ſub quibus conceditur. 730. b.
Bonorum poſſeſſio contra tabulas etiam ſuis hæredibus propoſita. 583. b. Ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas difficilius quem admitti quàm ab inteſtato. *ibid.*
Bonorum poſſeſſio contra tabulas quo ſenſu dicatur eſſe ex teſtamento. 638. b. Cur ea primo loco edicti propoſita. *ibid.*
Bonorum poſſeſſio unde liberi quo colore emancipatis deferatur. 581. a. Ad bonorum poſſeſſionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati ſe adrogandos dederunt. 582. a.
Bonorum poſſeſſio edictalis & decretalis. 642. b.
Bonorum poſſeſſio unde vir & uxor ſola hodie neceſſaria. 641. a. Apud nos locum non haber, ut nec ullæ aliæ. 6 0. b.
Bonorum poſſeſſiones quæ juris civilis confirmaudi gratia introductæ. 636. a.
Bonorum poſſeſſores vi ipſa hæredes eſſe, & jure prætorio dominium rerum ſingularum conſequi. 637. a.
Bonorum poſſeſſores an hæredes efficiantur, qui jure civili ſuccedere poſſint, ſi malint honorario. 637. a.
Bonorum poſſeſſio quid. 635. b. Ex bonis quæ dicantur. 831. b.

C

CAnones obſervandi circa materiam ſtipulationum. 702. a.
Capacitas hæredis inſtituti quibus temporibus inſpicienda. 463. a. Non ſatis ſubtiliter tempus adeundæ hæreditatis in conſideranda capacitate conſtitui terminum disjunctum à tempore mortis. *ibid.* b.
Captatoria inſtitutio quæ veteribus dicta. 39·. b.
Caſus fortuitus quid. 668. b. in nullo contractu præſtatur. *ibid.* Periculi appellatione non ſemper caſus venit. *ibid.* Inter caſus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti eſſe ſolent. *ibid.* Regula de caſibus fortuitis non præſtandis quando ceſſet. *ibid.* b.
Caſus fortuiti excluſio non protinus inducit præſtationem culpæ leviſſimæ. 766. b.
Cauſa legandi, etſi falſa ſit, legato non nocet, niſi in futurum collata; & quare. 525. a. Inſigne hujus temperamentum. *ibid.* b.
Cauſarum duarum lucrativarum in eamdem rem & perſonam concurſus eſt ſpecies liberatio-

nis. Et quo ea pertineat. 485. a.
Cauſæ cognitio quid & quibus in rebus conſiſtat. 983. b.
Cautio fructuaria à teſtatore remitti non poteſt, ab hærede poteſt. Et quid ſi fructuarius propter inopiam fidejuſſores invenire non poſſit, 246. b.
Cautio quaſi fructuaria an ſit de ſubſtantia uſusfructus. 251. a. partes hujus cautionis. *ibid.* a.
Cautiones & confeſſiones debiti inutiles 735. a. Quæ cautiones ad probationem tantùm valeant. *ibid.* b.
Cautionem pecuniæ creditæ poſt biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ibid.* A quo tempore biennium currat. 738. a.
Cenotaphium an religioſum. 164. b.
Ceram quod pro tabulis veteres dixerint, unde ſit. 339. b.
Civilis diſciplina, *vide* Juſtitia.
Civium apud nos diſtinctio. 37. b.
Codicilli quid & unde dicti. 562. b. Jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam ut teſtamentum ſit, niſi adjecta ſit clauſula codicillaris. 564. b.
Codicilli quicumque & quocumque tempore à teſtatore facti, jus teſtamenti ſequuntur. 565. a. Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: quæ hodie ſublata. *ibid.* Quatenus ex his quæ teſtamento caura, codicillis mutare quid liceat. *ibid.* b. Codicilli ante teſtamentum facti, non intelliguntur teſtamento revocati, niſi appareat teſtatorem à priore illa voluntate receſſiſſe. *ibid.*
Codicillis hæreditas dari, nec adimi poteſt, nec ſi teſtamento confirmatis. 566. b. Neque conditio hæredi inſtituto adjici, neque detrahi, 567 a. Per fideicommiſſum hæreditatem codicillis rectè dari & adimi. 566 b.
Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate teſtamentum fecerat, eo reverſo convaleſcere. 361. b.
Codicilli unius hominis etiam plures eſſe poſſunt. 567. b.
Codicilli non ſunt ſine aliqua ſolemnitate ordinationis: *ibid.* An mulier in codicillis rectè teſtis adhibeatur. *ibid.*
Cognatio ſervitute amiſſa manumiſſ. non recipitur. 111. a.
Cognationis genera. 63. a.
Cognationes prætoriæ & extraordinariæ. 858. a.
Colonus, *vide* Fructuarius.
Comitiorum genera obiter expoſita, & oſtenſum quibus comitiis teſtamenta fieri ſolita. 319. b.
Commixtio quid propriè, ejus effectus. 189. b. Mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. *ibid.*
Commodare quid ſit, & quid commodatum differat à precario. 667. b.
Commodatum propriè nullum, niſi gratuitum. 672. b.
Commodatū & mutuum in quo differant. 618. b.
Communi dividundo inter quos, qua de re agatur. 904 a.
Communio inter aliquos conſtituta quarum rerum obligationem pariat. 792. b. In judicio communi dividundo quæ culpa veniat. *ibid.*
Compenſatio quid ſit. 915. a. & 927. b. Non liquidi ad liquidum cur non admiſſa compenſatio & quid cauſa liquida. 914. a.
Compenſatione ipſo jure actiones minui, quid hoc, quæ inde utilitas, &c. 915. a. Rerum tantùm conſumptibilium eſſe compenſationem. *ibid.*
Condicere quid ſit veteribus, & cur inde actio in perſonam dicta condictio. 889 a. Pro veteri condictione quid poſtea inſtitutum, & quid hodie. 900. a.
Condictio certi una ne ſit & generalis, an duplex. 665. b.
Condictio furtiva non tantùm in odium furis, ſed etiam in commodum domini introducta. 897. b. difficile expeditu, quomodo furti res condici poſſit. *ibid.* a.
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra hæredes etiam in ſolidum dantur. 950. b.
Conditio & modus qua in re conveniant & diſcrepent. 525. b.
Conditio impoſſibilis non vitiat voluntates. 395. a. Conventiones contra. *ibid.* Impoſſibili conditioni ſimilis eſt turpis. *ibid.* Circa hæc mores noſtri. *ibid.*
Conditio hæc, Si hæres non erit, continet & caſum impotentiæ & voluntatis. 399. a. diverſimodè accipitur pro conditione inſtituti. *ibid.*
Conditio quid ſit & quotuplex, tunc quæ conditiones inutilem ſtipulationem ab initio faciant. 685. b. Etiam promiſſiones, quibus tacitè conditio ineſt, pro conditionalibus eſſe. *ibid.* In conditionibus arbitrariis quid juris. 686. a.
Conditione pendente nihildum deberi, & quid inde. 686. b. Inſigne diſcrimen circa ſtipulationes & legata conditionalia. 687. a An idem & conditionibus arbitrariis. *ibid.* b.
Conditiones ad præſens vel præteritum tempus relatas vim conditionis non habere, & quare. 688. b.
Conductor regulariter levem dumtaxat culpam præſtat. 765. b.
Confuſio & commixtio quomodo differant, cùm ſignatè loquimur. 187. b.
Confuſionis effectum, & quarum rerum quomodo confuſio facta communionem pariat. *ibid.* in confuſione fortuita quid juris. 188. b. quid ſi unus è dominis confuderit altero ignorante. *ib.*
Conjuncti & disjuncti ſinguli rectè & totum habere dicuntur & partem diverſa conſideratione. 489. b. Partem ab initio facere quid ſit. 490. a. An partem faciat, qui teſtamenti tempore mortuus aut incapax. *ibid.* b.
Conjunctorum genera expoſita. 488. b. disjuncti qui paſſim dicuntur, eos & ipſos verè conjunctos eſſe. *ibid.*

Con-

Conſanguinei qui noſtris ; & unde ſic appellentur. 592. b
Conſanguinitas quando ab agnatione diſtingui & quam ob cauſam cœpta. 594. b.
Conſanguinitatis prærogativa ſublata. 592. b.
Conſenſus quibus modis declaretur. 739. b.
Obligatio ex conſenſu pinguior, quàm verborum. 740. a.
Conſenſus in matrimonio liber eſſe debet. 61. a.
Conſenſus parentum, & quorum, quibus liberis neceſſarius. *ibid.* Præcedere debet, nec ratihabitioni hic locus. 62. a. Eo non interveniente nuptiæ irritæ : & quid jure divino. *ibid.* quid in his regionibus. *ibid.*
Conſtituti & fidejuſſionis convenientia & diſſimilitudo. 732. b. & 888. a.
Conſtitutionum genera. 23. a.
Conſtitutiones perſonales quotuplices, & quæ ſingularum vis. *ibid.* b.
Conſuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur. 27. b. an hic opus ſcientia ſuperioris. *ibid.*
Contractus quid & quotuplex. 658. b.
Contractus μονόπλευροι, δίπλευροι, & medii generis. 668 a.
Contractus an in teſtamento aut inter teſtandum celebrari queant. 326. a.
Conventio, pactio ſive pactum, in genere quid, & quotuplex. 658. b.
Convitium quid. 842. An veritas convitii excuſet. *ibid.* An præfatio honoris. *ibid.* b.
Correus, qui totum ſolvit, an eo nomine adverſus alios actionem habeat. 694. b.
Correi plures debendi aut credendi etiam citra ſtipulationem conſtitui poſſunt. *ibid.* b.
Cretio nihil aliud olim fuit, quàm ſolemnis aditio hæreditatis. 469. b.
Crimen pro criminatione. 148. a.
Culpa quid, & quotuplex, plenius quàm vulgo. 669. b.
Culpa leviſſima. 670. b. Lata culpa in omnibus contractibus præſtatur, & dolo comparatur. *ibid.* Qui contractus dolum tantùm recipiant, qui item culpam & diligentiam. 671. a.
Culpæ genera obiter diſtincta. 151. b.
De curatoribus. 125. a.

D

DAmnum injuria datum. 832. a. Actione legis Aquiliæ de damno dato qui teneantur, aut non teneantur. 833. b. Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis. 837. b.
Dedititii quo jure fuerint. 43. a.
Defenſio ſui adverſus vim illatam à natura eſt. 14. a.
Delegatio, quid & quomodo fiat. 807. a. Ad delegationem non pertinet *l. ult. C. de novat. ibid.*
Deliberandi jus quorum cauſa & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hic de ſuo contulerit Juſtinianus. 466. b. etiam ſuos hæredes jure prætorio deliberandi facultatem habere. 467. a.
Delictum quid, & quotuplex. 811. a. an ſpecies συναλλάγματος. 658. a.
Demonſtratio falſa non vitiat legatum, niſi prætereà quid aliud obſtet legato. 523. b.
Deportationis & relegationis differentia. 88. b.
Depoſitum quid ſit, & an etiam conſiſtat in re immobili. 673. a.
Depoſitarius ad quid teneatur. *ibid.* b.
Dies utiles, & continui. 644. a.
Dies incertus quando conditionem faciat in contractibus, & quid hic interſit inter legata & ſtipulationem. 681. a. Quid ſi dies apponatur finiendæ obligationis cauſa. *ibid.* b. Effectus obligationis in diem. *ibid.* Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem. 683. a. Quibus rebus differat ſtipulatio in ſingulos annos à ſimili legato. 648. b.
Dies certus inſtitutioni appoſitus pro ſupervacuo habetur. 393. a. Quid hic noſtris & Gallorum moribus. *ibid.* b.
Dies omnis incertus conditionem in teſtamento facit. *ibid.*
Dies cœptus pro completo quando habeatur : & contra. 126. b. & ſeq. a.
Directæ actiones an ſalvæ maneant adverſus adrogatum. 646. a.
Diſpoſitioni § *ult. Inſt. de fideic. hæred.* quando locus. 557. b. Gloſſema in fine text. *d.* §. obſervatum. 558. a.
Diviſionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejuſſores : at ex perſona plurium tutorum actionem dividi. 133. b.
Dolus quid. 668. b. præſtatur in omnibus contractibus. *ibid.*
Dominium, quid, & quàm largè ea vox ſumatur. 167. a. Dominii jure gentium acquirendi modi. *ibid.* b.
Dominorum vetus diſcrimen, ejuſque ſublatio. 217. a.
Donaria. 163. a.
Donatio inter vivos abſoluta eſt, juris gentium. 280. a. Sitne donatio modus acquirendi, an titulus. 281. a.
Donatio propria quid ſit, & quid impropria. *ibid.* b Unde æſtimandum, an donatio facta ſit mortis cauſa. 282. b Convenientia mortis cauſa donationis cum legatis. 283. b. diſcrepantia. *ibid.*
Donatio inter vivos quomodo perficiatur. 285. b. An ex quovis pacto donationis cauſa interpoſito actio naſcatur. 286. a. An ſimplex factum donationis pariat actionem in rem. *ibid.* quæ donationes inſinuationem non deſiderant. 287. a. Revocandi donationem qui, quibus ex cauſis jus habeant : & an inter cauſas etiam liberorum ſupervenientia. 288. a.
Donationes inter ſponſum & ſponſam quo ſenſu dicantur veteribus incognitæ 289. b. Quid circa has conſtitutum. 290 a. In Belgio propriè donationum propter nuptias uſum non eſſe. 29[illegible]

Digitized by Google

Dotalis rei maritus verus juſtuſque dominus eſt. 294. a. Poteſt res mobiles, omneſque res æſtimato in dotem datas, alienare. 293. a. Cur dotalis prædii oppigneratio arctius prohibita, quàm alienatio. 296. b. Quantum hìc mores noſtri diſſideant à jure ſcripto. *ibid.* b.

Dotis repetitio olim cui, & qua ratione, & quid jam. 913. a. Dupondio expleto quantum ſine parte ſcriptus habere debeat, ubi Hotomanni error notabilis. 389. a. De dotis æqualitate conſtitutio Juſtiniani repudiata. 291. b.

E

EDictum perpetuum quid, & quid temporale. 892. a.

Edictum ſucceſſorium. 577. a.

Emancipandi ratio vetus. 92. b.

Emancipare, idem quod mancipare. 321. b. Cur in omni mancipatione quinque teſtes adhibiti, quæſtio curioſa. 323. a.

Emancipati cur capite minui dicantur, & an capite minui deſierint. 109. b.

Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant; ſecus ſi poſt mortem ejus: & quid hìc reſpectu patris adoptivi. 582. a.

Emancipati ab adrogatione poſt mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi. *ibid.*

Emancipati ſub colore quodam ſuitatis ad bonorum poſſeſſionem à prætore vocantur. 371. a. Abſurdum non eſſe, quod filiæ emancipatæ jure prætorio meliore conditione fuerint, quàm filiæ non emancipatæ jure civili. *ibid.*

Emendare actionem, quid ſit, & quid, mutare. 924. b. Quamdiu emendare aut mutare actionẽ liceat. 925. a. Praxis horum temporum. *ibid.*

Emphyteuticus contractus. 761. b. Jus emphyteuticum non ex tempore æſtimari, ſed ex eo quod actum eſt. 762. a. Solo conſenſu jus emphyteuticum non transferri. *ibid.* b. Præſtatio canonis, hujus contractus pars eſſentialis: quanto tempore canone non ſoluto emphyteuta jure ſuo cadit: & alia in foro agitata. *ibid* Qua conditione emphyteuta jus ſuum vendere aut aliter alienare poſſit: & quid hìc apud Batavos. 763. a. Cõtractum emphyteuticum eſſe vetuſtiſſimum, & quid à Zenone acceperit. *ibid.*

Emphyteuticus contractus, & cenſualis, quomodo differat. 763. b. An ad ſubſtantiam contractus emphyteutici ſcriptura neceſſaria. 763. a. An emphyteutæ in caſu inſolitæ ſterilitatis remiſſio canonis præſtanda. 764. a.

Emptio. 740. a. Quando emptio perfecta intelligatur. 741. b. & 751. b.

Emptione perfecta ſine communi conſenſu recedi non poſſe, licet arrhæ intervenerint. 745. b. Quando res in hoc contractu deſinat eſſe integra. 744. a. Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in ſcriptis fiat. *ibid.* b. Quando negotium, quod ſcriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur. 745. a.

Emptio, & permutatio, ac pretium. 749. b.

Emptionis ſubſtantia ex pretio conſiſtit: & quid inde. 746. b. Quid ſi pretium alieno arbitrio permiſſum. *ibid* Arbitratoris manifeſta iniquitas corrigi poteſt officio judicis. *ibid.*

Error conſenſui quando obſtet, aut non obſtet. 724. b. Quid ſi non ipſo corpore, ſed in materia erratum. 725. a.

Error matrimonium vitians, aut non vitians. 6. a.

Exceptio quid: & unde dicta. 955. b. Exceptio in factum qualis; & unde. 955. a. Exceptiones perpetuæ & temporales. 958. a. Exceptio excuſſionis an dilatoria. 959. a. Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum. *ibid.* b. Exceptio doli cur perpetua, cur actio de dolo temporalis. 958. a. Exceptio diviſionis. 730. b. & ordinis. 731. a.

Exceptio non numeratæ pecuniæ fruſtra poſt biennium objicitur, etiamſi debitor probare paratus ſit, pecuniam ſibi numeratam non eſſe. 736. b. Uſus circa hanc exceptionem hodiernus. 738. b.

Exceptio læſionis ex cauſa ætatis, qualis. 964. b.

Exceptio procuratoria quotuplex. 960. a. ſolutionis. 800. a.

Exceptionis in ſtrictis judiciis quæ conteſtandæ. 960. b.

Exceptiones juris etiam non conteſtatas uſque ad ſententiam allegari poſſe. 961. a.

Exceptiones, quæ ad alios tranſeunt, aut non tranſeunt. 964. a.

Exceptioni cedendarum actionum quando locus. 731. a.

Exceptionis dilatoriæ genera, ratione objecti. 960. a.

Exceptionum peremptoriarum uſus in bonæ fidei judiciis. 960. b.

Exceptionum dilatoriarum uſus. 961. b. Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ. *ibid.* Mores hodierni circa uſum exceptionum. 962. a.

Excuſatio tutorum intra quod tempus proponenda & conteſtanda. 146. a.

Exercitoria actio & inſtitoria cui, adverſus quem, qua de re detur. 931. a. Si plures exerceant, ſingulos in ſolidum teneri: quod tamen apud nos non receptum. *ibid.* Cum magiſtro & inſtitore etiam directo agi poſſe: ac hoc in praxi non obtinere. *ibid.*

Exercitores non habent actionem adverſus contrahentes cum magiſtro. *ibid.* b. In contractibus cum præpoſitis ineundis diligenter obſervanda lex præpoſitionis. *ibid.*

Exhæredare propriè quid ſit. 363. a.

Exhæredationis forma alia atque apud veteres, ratione ſexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc naſcituri. 373. b. novo jure in omnibus forma exhæredationis eadem. 375. a. &c. jura autem ſuorum & emancipatorum minimè confuſa. 374. b.

Exhæ-

Digitized by Google

Exhæredatio an extinguat jus ſuitatis. 418. b.
Exhæredationem rectè fieri etiam ob cauſas non expreſſas. Nov. cxv. modo æquè graves, aut graviores. 440. b. An, ſi exhæredatio facta ſit ſine elogio, teſtamentum hodie ſit ipſo jure nullum. 441. a.
Exhæredationis vim etiam jure noviſſimo habet præteritio matris. 441. a. ubi contraria repelluntur, addito jure patrio. ibid.
Expromiſſor quid à fidejuſſore differat. 219. a.
Extranei hæredes quotuplici ſenſu dicantur. 461. b.
Extraneus manumiſſor quis dicatur. 639. a.

F

FAcere poſſe, quid ſit, & quid illud reo tribuat. 918. a. Quibus rebus deductis id æſtimetur. ibid. b.
Faciendi obligatio cur incerta. 689. b. Quid, quando ex ea peti poſſit. 690. a.
Facta nuda & ſimplicia ſeparanda ab iis, quæ in rei alicujus præſtatione conſiſtunt. ibid.
Factum alienum qui promittit, cur nec ſe, nec alium obliget. 706. a.
Falcidiæ legis ferendæ occaſio. 534 b.
Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatuſconſulti intelligunt. 430. b.
Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel ſtatim, vel ſenſim, producta. 536. a. Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus defectis habeatur. 537. b. Circa deductionem Falcidiæ in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus ſpectari. 538. b. Quæ in bonis defuncti numerentur, cùm de Falcidia quæſtio eſt. 540. a. An hæres quod ſibi à defuncto debetur, deducat. ibid. Quibus caſibus Falcidia ceſſet. ibid. b.
Familiæ erciſcundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat. 903. b.
Familiæ emptor fiduciarius cur olim à teſtimonio teſtamentario remotus, hæres admiſſus. 336. a.
Famoſa judicia civilia ex delicto aliquo conditione concurrente. 979. b. Ex contractu judicia famoſa. 980. a. Cur non omnia judicia bonæ fid. famoſa. ibid. b.
Famoſam non eſſe actionem quod metus cauſa, nec interdicta, neque conditiones. ibid.
Famoſi libelli quàm varia pœna. 842. b. Si inventor auctorem indicaverit. 643. a. Pœnæ *l. un. C. de famoſ. libell.* quando locus. ibid.
Fera non vulnerantis, ſed occupantis fit. 169. b.
Ferum animal ſit, an manſuetum, unde æſtimandum. 168. b. Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. 169. a.
Fideicommiſſa quandoque induci ſine verbis fideicommiſſorum propriis. 431. a.
Fideicommiſſa vim obligandi non habuiſſe ante tempora Auguſti. 542. a. De fideicommiſſis extra ordinem jus dici ſolitum; & quorum ea juriſdictio. 544. a.
Fideicommiſſaria hæreditatis petitio an rectè numeretur inter actiones prætorias. 949. b.
Fideicommiſſum etiam ex certo die rectè dari. 545. a. rectè relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis. 556. a. An fideicommiſſum à legitimo hærede relictum, ſucceſſione propter repudiationem primi gradus agnati ad ſequentem devoluta, debeatur. ibid.
Fideicommiſſum hæreditatis quis, cui, à quo rectè relinquat. 545. a.
Fideicommiſſorum natura laxior quàm legatorum, & quibus in rebus. 478. a.
Fidejuſſor idem, qui & adpromiſſor. 726. b.
Fidejuſſoris obligatio eſt acceſſio principalis. ib.
Fidejuſſor pro omni obligatione rectè intervenit, excepta cauſa dotis. 727 b. etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. ib. Quatenus in criminalibus recipiatur. 728. a. Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. ibid. Quid ſi obligatio ſit mere civilis. ibid. Circa obligationem plurium fidejuſſorum nihil mutatum jure Nov. 99. 729. b. Obligatio plurium fidejuſſorum non dividitur ipſo jure, ſed ope exceptionis. 730 b.
Fidejuſſor intenſivè obligari poteſt, extenſivè non poteſt. 731. b. Acceptus in majorem quantitatem, quàm debetur, ne in debitam quidem obligatur. 731. a. & quid hodie. 733. a.
Fiducia veteribus pignus, & propriè hypotheca. 886. a.
Filiofam. hærede inſtituto repudiante, utrum pater, an ſubſtitutus, admittendus. 403. b. Pleræque aliæ ejuſdem generis quæſtiones obiter excuſſæ. 404 a.
Filiorum appellatione an contineantur poſthumi, nepotes, filiæ. 104. a.
Filiusfam. quando hæredem ab inteſtato habere cœpit. 600. a.
Filiusfam. in publicis cauſis non ſequitur jus patris. 100. a.
Filiusfam. ne de iis quidem bonis teſtari poteſt, quorum fructus patri non quæritur. 357. a. An his codicillos facere, aut mortis cauſa hæc donare ſine conſenſu patris. ibid. b.
Finium regundorum inter quos cujus rei gratia agatur. 905. a.
Flumina, portus, piſcatio, quo jure hodie cenſeantur. 160. a.
Fœminæ agnatæ non conſanguineæ quo ordine vocentur à prætore. 595. a.
Formulæ in actionibus in perſonam uſitatæ & quali locus, cùm agitur ex obligatione faciendi. 865. b.
Forum commune eſſe locum domicilii. 858. b.
Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. ibid.
Fratres germani, & uterini. 597. a.
Fratrum filii, quando ſoli exiſtunt, utrum hæreditatem in capita, an in ſtirpes dividant. 615. b.
Fructuaria locata, quid juris circa penſiones. 207. b.
Fructuarii onera. 209. b.

Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi. 244. a.

Fructuarius an poſſideat. 311. a.

Fructuarius poteſt jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. 260. b.

Fructuarius & colonus in quo diſcrepent, aut conveniant. 208. a.

Fructus, quid, & quotuplex. 201. a. Quando fructus percepti intelligantur. 202. a.

Fructus non fiunt fructuarii, niſi ipſe eos perceperit. 207. a.

Fructus percipiendi jus non tranſire ad hæredem fructuarii, licet majore parte anni uſusfructus ſteterit. ibid.

Frumentum ex ſpicis alienis excuſſum, manet ejus, cujus ſpicæ ſunt. 184. b. Quid de vino & oleo, &c. expreſſo. ibid.

Furem non eſſe, niſi qui fraudulenter rem alienam contrectet. 812. b. Non item, qui non lucrandi animo. 813. a. Quid, ſi urgente fame eſculenta ablata. ibid.

Furioſus à mente capto quid diſtet. 131. a.

Furta quàm variè apud varios mulctata. 816. b. Non pugnare cum juſtitia attributrice, quod interdum morte puniantur. 817. a.

Furti actio, quibus competat. 824. a. civilis an concurrat cum criminali. 827. b. etymol. 814. a. inquirendi ratio vetus. 815. b.

Furtiva condictione an hæres furis teneatur in ſolidum. 828. a.

Furtorum domeſticorum coercitio vetus & hodierna. 823. a. genera. 814. a.

Furtum manifeſtum. 814. a. nec manifeſtũ. 815. a.

Furtum non fieri ſine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur. 812. b. fieri non intelligi, niſi ſit, qui poſſideat. 813. a. per ſe & natura turpe eſſe. ibid. b. aliquo caſu facere nõ videri, qui ſciens rem alienam vendit. 271 b.

Furti actio datur ob gallinam ſurreptam. 173. a.

G

GEnus quid ſit prudentibus, quid ſpecies. Generis legatum quando valeat. 511. b. & 512. a. ubi utile eſt generis legatum, regulariter electionem eſſe legatarii. ibid. b. Verus inter genera legatorum circa poteſtatem eligendi differentia. ibid. An iſtius differentiæ adhuc ratio habenda. 513. a. Quibus caſibus electio ſit hæredis, ubi teſtator id non expreſſit. ibid b. Electionem non utquequaque eſſe liberam, & quid hic jure patrio. 514. a.

Generationis vis in fœminis citius incipit, quàm in maribus. 123. b.

Gradus hæredum ex ſerie ſucceſſionis, à teſtatore factæ, æſtimandos. 398. b.

Graduum cognationis diſtinctionem cur noſſe oporteat, & cur ſeriem cognationum Juriſconſulti gradus vocitent. 621. a.

Graduum dinumerationis diſcrimen inter jus civile & canonicum. 67. a. Qua ſerie gradus numerentur. 621. b.

Grege legato, etiamſi unica ovis tantùm ſuperſit, eam legato cedere: & cur non idem in legato uſufructu gregis. 506. a.

H

HAbitatio quid. 263. b. Habitatio tam vendi, quàm locari poteſt. 264. b.

Hæres unde dictus. 471. a.

Hæredes omnes apud nos voluntarii. 475. a.

Hæreditas propriè quid ſit. 314. b. 228. a. quibus modis deferatur. 314 b.

Hæreditas jacens, diverſa conſideratione rectè dicitur repræſentare perſonam defuncti, & perſonam hæredis. 382. b. In quibus hæreditas perſonæ vice fungi non poteſt. 696. b.

Hæres quaſi obligatur legatariis fideicommiſſariis, creditoribus non item. 793. a.

Hæres à legatariis cogi non poteſt, ut adeat. 539. a.

Hæreditas in tot partes diſtribui poteſt, quot teſtator voluerit. 385. a.

Hæreditatem olim qui & in quantum capere non potuerint. 378. b. Qui & in quantum hodie hæredes inſtitui non poſſint. ibid.

Hoſtem occidere an liceat, poſtquam captus eſt. 34. b.

Hoſtium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius. 174. a. Ager ex hoſtibus captus, cur publicus fiat. ibid. & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie. ibid.

Hypotheca, vide Fiducia.

Hypothecaria, nomen commune, vide Pignoratitia.

Hypothecaria legatariis à Juſtiniano primum data: item qua de re, adverſus quos, ea competat. 476. a.

I

IN impenſas condemnandus victus victori, & ſi non petieras. 978. a.

Imperativa verba interdum vim habere precariorum. 562. a.

De impuberis delicto. 826. b.

Impubes pubertati proximus an obligetur naturaliter, ſine tutoris auctoritate contrahens. 716. a. Cur non obligetur auctore patre. 717. a.

In jure, & in judicio fieri, diverſa veteribus. 857. a.

Incertæ perſonæ cur olim non rectè legaretur. 517 b. cur tale legatum ſolutum per errorem repeti non potuerit. 518. b.

Indebiti ſoluti condictio ut competat, quæ requirantur. 794. a. An error juris repetitioni ſemper obſtet. ibid. b. Obligatio indebiti per errorem ſoluti, ſitne ex vero, an quaſi ex contractu. 769. a. Cauſæ ex quibus indebitum errore ſolutum non repetitur, & cur id placeat. 797. a.

Individuum, quot modis dicatur. 56. a.

Individua vitæ conſuetudo. ibid.

Infans quamdiu quis habeatur; & gradus ætatis pupillaris. 715. a. Infantiæ proximus. ibid.

Pro-

Digitized by Google

Proximi pubertati, & an hi naturaliter ſine tutore obligentur. 716. a.
Ingenui quinam veteribus, & poſtea, dicti; & quid propriè vox Ingenuus. 38. b.
Ingenuitatis inter quos vertatur quæſtio. 895. b.
Injuria te quot modis fiat. 841. b. Injuriam factam an verbis liceat repellere. 842. b.
Injuria remiſſa, adhuc peti poſſe impenſas, &c. 849. b. Cur diſſimulatione injuria aboleatur. 850. a. An idem obtineat in reali injuria. *ibid.* Plures ſpecies tacitæ remiſſionis. *ibid.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus; & ex quo tempore currat. *ibid.* b. Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. *ibid.* Levis & atrox injuria unde æſtimetur. 848. a.
Injuriæ quæ pœna ex lege XII. tab. 846. a. quæ ex edicto prætoris. *ibid.* b. ex lege Cornelia. 847. a. Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem eſſe, non criminalem. 848. b. In actione criminali pœnam extra ordinem conſtitui: civili electa, hanc conſumi, & contra. 849. a. Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam effugiat. *ibid.*
Injuriarum actio cur nec in hæredem, nec hæredi detur. 952. a.
In jus vocatio an pars judicii. 981. b. Effecta in jus vocationis. *ibid.*
In jus vocare, quid ſit: & quid, citare. 982. b.
Inſtituti ſine partibus ex æquis partibus ſuccedunt, quamvis teſtamento non facto æqualiter ſucceſſuri fuiſſent. 388. b.
Inſtituti ex imparibus partibus, atque invicem ſubſtituti. 400. b.
Inſtitutio ſervi alieni ſuſtinetur ex perſona domini proprii ex conſequentia libertatis. 379. a. Quid juris in ſervo communi ab uno è dominis hærede inſtituto. *ibid.* b. Quid ſi ſervus hæres inſtitutus ſit à fructuario. 380. b.
Inſtitutionem hæredis multorum moribus ad ſubſtantiam teſtamenti non deſiderati. 396. b.
Inſtitutus ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id eſſe ex ſubtilitate juris. 385. b.
Inſula in mari cur rarò naſcatur. 178. a. cur frequenter in flumine. *ibid.* b. in flumine nata, eſt vicinorum poſſeſſorum. *ibid.* non proprietate tantùm, ſed etiam uſu. 179. a. pro qua parte cuique vicinorum acquiratur. *ibid.* b. quo jure. *ibid.* quid hîc apud nos. 180. a.
Interdicta cur potiſſimum de poſſeſſione propoſita. 965. b. Quæ interdicta cauſam proprietatis, ac quaſi, contineant. *ibid.*
Interdicta retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis etiam fructuario dari. 971. b.
Interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis. 967. b.
Interdictorum diviſio à forma. 966. a. Uti poſſidetis, & Utrubi, vetus differentia, ejuſque ſublatio: tum quid hîc jus Can. & mores hodierni. 970. b.
Interdictum quid ſit juxta veterem formulam, & quid hodie. 965. b.
Interdictum quorum bonorum, cui, adverſus quem competat: cui bono comparatum. 967. b.
Interdictum Salvianum adverſus quos detur. 968. b. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius. 969. a.
Interdictum *unde vi* quatenus Canonibus extenſum: & de remedio can. Redintegrandæ: tum quomodo hîc apud Batavos procedatur. 974. b.
Interdictum *unde vi* quibus, quarum rerum nomine detur. *ibid.* a.
Intereſſe, qua ratione incertum. 690. b.
Interrogationis & reſponſionis congruentia unde æſtimanda. 711. a. Quid juris, ſi diverſitas verſetur circa rem aut quantitatem. *ibid.* Quid ſi circa qualitatem. *ibid.* b.
Inteſtabiles qui dicantur; & an aliquam habeant teſtamenti factionem. 331. a.
Inteſtato filio mortuo, peculium caſtrenſe quando, & quo jure, ad patrem pertineat. 355. b.
Inteſtatus quis dicatur; & an ea appellatio etiam ad pupillum furioſum, &c. pertineat. 572. a. ceſſioni ab inteſtato quando locus, teſtamento irrito facto. *ibid.* b.
Inventarii beneficium. 467. b. ejus neglecti pœna. *ibid.* jus hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarii hæreditatem. 468. a.
Inventario non confecto, an hæres amittat quartam Trebelliani, & an teſtator hujus quartæ deductionem prohibere poſſit. 552. a.
Inventio, ſpecies occupationis. 175. a.
Inundatio, quid propriè; & quæ ejus vis. 181. b. Circa inundationes quid juris apud Hollandos. 182. a.
Irrita fieri quando dicantur teſtamenta. 432. a.
Iter, quid ſit; quid eo contineatur. 231. a.
Judex ſecundum conſcientiam, an ſecundum acta & probata, judicare debeat. 983. b.
Judex, per imperitiam male judicans, cur non æquè ex delicto obligetur, ac medicus male curans; & circa hoc mores hodierni. 851. a. de dolo. *ibid.* b.
Judex per ſe non competens poteſt ex accidenti competens fieri; & quibus ex cauſis. 859. a.
Judicis & arbitri nomina quàm variè accipiantur. 861. b.
Judices omnes ſecundum leges & mores judicare debere. 985. a.
Judicis officium in judicando. 984. a.
Judicio conſtituendo, perſonæ neceſſariæ. 861. b.
Judicia ordinaria olim, & extraordinaria quæ. 976. b.
Jura captivitatis inter quos adhuc conſerventur: & quid circa hæc inter Chriſtianos. 35. b.
Jura prædiorum quo adſpectu ſervitutes dicantur. 729. a.
Jure Magiſtratus quæ competere dicantur, & quæ ſpecialiter tributa. 117. a. illa man-

Digitized by Google

data juriſdictione tranſite, hæc non item. *ibid.*
Juris variæ ſignificationes. 7. a. propria, quæ huc quadrat. *ibid.* præcepta tria. 9. b. 10. a. diviſio. 10. b publici nomen. *ibid.* Animalia bruta juris non ſunt capacia. 13. a.
Juris accreſcendi, inter plures in eumdem uſumfructum conjunctos, propria. 257. a.
Juris Æſdomici ratio; & qualis ex eo jure ſucceſſio. 618. a.
Juris civilis Batavici diſtinctio. 28. b.
Juriſconſultorum auctoritas non fuit propriè ημαθιτική. 26. b.
Juriſdictionis verbum, latius ſumptum, etiam ad ſpecialiter conceſſa referri poſſe. 117. a.
Juris non ſcripti, quanta, & unde auctoritas. 27. a.
Juris Scabinici ratio, & quo fundamento nitatur. 617. b.
Juriſprudentia media, quæ. 595. a.
Juriſprudentiæ ſubjectum, ejuſque conſiderandi modus. 8. a.
Juriſprudentiæ veteris contra accuſationem Triboniani defenſio. 596. a.
Jus accreſcendi an teſtator prohibere poſſit. 386. a. *V.* 487.
Jus civile, in genere. 15. b.
Jus gentium, quid, & unde æſtimandum. 16. a. Ejus diſtinctio, in primævum, & ſecundarium. *ibid.* b.
Jus in definitione actionis quid ſignificet. 856. b.
Jus naturale, ſeu gentium, primævum, & immutabile. 30. b. eam immutabilitatem præcipuè apparere in communibus notionibus. 31. a.
Jus perſonæ, & ſtatus, ſive conditio, quomodo differant. 32. a.
Jus ſanguinis, quot modis dicatur. 110. b.
Jus vitæ & necis in ſervos, non omnes gentes uſurparunt. 51. b.
Juſjurandum calumniæ, quid ſit. 977. b.
Juſjurandum advocatorum & procuratorum, in ſingulis cauſis. 978. a. & circa hæc mores hodierni. *ibid.* b.
Juſtitia, non eſt potentia naturalis, ſed habitus. 7. b.
Juſtitiæ diſtributio, in univerſalem, & particularem. 5. b. an ea neceſſaria. 6. b. Juſtitia particularis, ejuſque ſpecies. 6. a. Juſtitia commutativa, non ſemper reſpicit proportionem arithmeticam, nec diſtributiva geometricam. *ibid.* Diſciplina civilis ſpectat etiam juſtitiam univerſalem. *ibid.*

L

LApis pro milliario; & unde ea appellatio. 146. b.
Latini liberti quo jure fuerint. 43. a.
Legari à legatario cur olim non potuerit, & an hodie poſſit. 559. a.
Legari quæ res poſſint, aut non poſſint. 475. b.
Rem alienam legari, nil vetat. 480. a. Quid juris, ſi res communis legata. *ibid.* b Effectus legati rei alienæ. *ibid.* Legatum rei, commercio ſimpliciter exemptæ, inutile; item ejus, quæ ædibus juncta. 481. a. Quid ſi res legata exempta commercio certæ perſonæ. *ibid.* Quid ſi feudum legatum. 482. b. Legatum rei alienæ, niſi ſingulari conjectura adjuvetur, tum demum valeat, ſi teſtator ſciverit, alienam eſſe. *ibid.*
An legati mandata Principis vel populi præcisè debeant ſequi. 782. b.
Legata, ante hæredis inſtitutionem relicta, cur olim inutilia. 527. b.
Legata & fideicomm. à Juſtiniano primum exæquata. 477. b. eis communia jure veteri. 559. b.
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus. 518. a.
Legatarii & fideicommiſſarii particulares, cur ad teſtimonia teſtamentaria admiſſi. 337. b. Divinatio quorumdam circa hoc improbata. *ibid.*
Legatarii, & creditores, quatenus cum hærede agere poſſint conſumpta portione reſtituta. 555. a.
Legati vindicationis, & damnationis differentia, & ſublatio. 475. b.
Legatorum onus ad ſolum fideicommiſſarium pertinet. 553 a. natura ſtricta, & cancellis circumſcripta. 477. b. genera. 474. b.
Legatum nominis; & quid eo contineatur. 510. a. legatum nominis extinguitur, ſi teſtatore vivo debitum exactum, aut ultro ſolutum. *ibid.* admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis. *ibid.* b.
Legatum omnium bonorum uſusfructus, an valeat, alio hærede poſt mortem legatarii inſtituto. 394. a.
Legatum, poſt mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat; in tempus mortis relictum, contra: & cur tam variè. 528. b.
Legatum, quo debitor creditori legat quod debet, non valet, niſi amplius ſit in legato, quam in debito: & quot modis accidat, ut plus ſit in tali legato. 499. b.
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ ſimile. 483. a. b.
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum eſt, an purum ſit, an conditionale. 486. a.
Legatum rei, quæ legatarii propria ſit, inutile; nec convaleſcere, ea poſtea alienata. 495. b.
Legatum, unde dictum. 473. a.
Lege regia jus omne populi privativè in Principem translatum. 23. a.
Lege Voconia mulieres hæredes inſtitui non potuiſſe. 543. a. Accurata in hoc legis caput inquiſitio. *ibid.*
Legem condere non poteſt populus, alterius imperio ſubjectus. 15. a.
Leges quibus Comitiis à quibus magiſtratibus latæ. 20. b.

Digitized by Google

Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo ſenſu dicantur teſtatorum gratia latæ. 535. a. hæredum potiſſimum cauſa. *ibid.* Quid à quo cautum ſingulis. *ibid. b. & ſeq.*
Legis duodecim verba, *uti quiſque legaſſit ſuæ rei*, expoſita. 534. b.
Legis varia ſignificatio. 20. a.
Legitima portio. quid. 450. b Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat. *ibid.* An, ut augeri & minui legitima poteſt, ita & in totum tolli. *ibid* Si minus legitima relictum, qua actione quod deeſt, petatur: novique & veteris juris differentia. 451. b. Actio ad ſupplementum in quibus differat à querela. 452. a. Legitima hodie titulo inſtitutionis relinquenda. 455. b.
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta cap. *Raynutius*. 552. a.
Legitimati an ad feudum admittantur. 574. b.
Legitimatio, & ejus objectum. 76. b. Legitimatio per oblationem curiæ, uſu receſſit. 77. a.
Legitimatio per ſubſequens matrimonium, ſine dotalibus inſtrumentis non procedit; ſecus jure canonico, & moribus. *ibid.* b. Legitimatio per reſcriptum Principis. 78. b.
Lex Aquilia. 832. a.
Lex quando obligare incipit. 19. a.
Lex Voconia. 595. a.
Liberationis legatæ quis effectus. 499. a.
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis deſcendunt. 104. a.
Libertatis directæ, & per fideicommiſſum datæ, differentia, an ſublata. 561. b.
Libertatis quæſtio inter quos vertatur. 895. a.
Libertini ingenuis exæquati, & à quo. 44. a.
Libertinus & libertus, quid differant. 40. b.
Libertus centenarius. 630. a.
Limitati agri jus alluvionis non habent. 176. a.
Litteræ olim chartæ, hodie charta litteris cedit. 198. a.
Litterarum obligatio. 734. a. an rectè ſic appelletur. 736. a.
Litis conteſtatio, quid ſit. 982. a. an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur. *ibid.* ejus effecta. *ibid.* b.
Litteras ſcire, aut neſcire, quid. 141. a.
Locatio, & emptio, unde quibuſdam in caſibus dignoſcantur. 764. b.
Locatio, quid, & quotuplex: tum, quæ res aut facta locationem recipiant. 756. b. Locationis & emptionis communia. 757. b. In locatione operarum diverſo reſpectu idem & locator & conductor dicitur. 758. a. Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos. *ibid.*
Locationi factæ à venditore emptor ſtare non tenetur. 767. a.

M

Macedonianum Senatuſconſultum. 935. b.
Maleficia omnia quo ſenſu dicantur ex re naſci. 812. a.
Mandatum, quid. 777. a. Mandati variæ diviſiones. *ibid.* b quid differat à conſilio. 780. a. Conſilium tale, inſtar mandati eſſe, ſi quis alicui ſuaſerit, ut pecuniam credat certæ perſonæ. 781. a.
Mandatum incertæ rei an & quando valeat. 778. a.
Mandati rei inhoneſtæ nullam eſſe actionem. 781. b. De excedente fines mandati quædam non trita. 782. b. Mandatum cur ſolvatur revocatione mandantis. 784. b. Cur morte utriuſque. 785. a. An morte mandantis finiatur, cùm mandavit quid fieri poſt mortem. *ibid.* Caſus, quibus mandatario poſt mortem mandantis implenti mandatum actio datur. *ibid.* b. Cur mandatum ſolvatur renuntiatione mandatarii. 786. a. Quid ſi intempeſtivè renuntiet. *ibid.* Qualis culpa in mandati judicio veniat. *ibid.* b. Mandatum non vitiatur conſtitutione honorarii; nec datur tamen de ipſo honorario mandati actio. 787. b.
Manumiſſione ſervi alieni legati, hæres ita liberatur, ut nec æſtimationem debeat: & quid ſi res legata evicta. 503. b. Quid ſi hæres proprium ſervum, à ſe legatum ignorans manumiſit. *ibid.*
Manumiſſionis ſpecies. 40. a. Manumiſſio vindicta. 41. b.
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis poteſtas. 148. a.
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno ſolo ædificatur. 193. b. Materiæ dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat. *ibid.* Materiæ pretium à poſſeſſore qua ratione ſervari queat. 194. a.
Matrimonia parentum cum liberis inceſtuoſa in ſummo gradu. 63. b.
Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit ſine diſpenſatione. 78. a.
Matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habet. 376. b. etiam jure noviſſimo. *ibid.*
Merces locationis an conſiſtere poſſit in alia re, quàm pecunia numerata. 759. b.
Miles etiam pro parte teſtatus decedere poteſt. 387. a.
Milites capite damnati an & quatenus jure militari teſtari poſſint. 349. a.
Militis teſtamentum an ſubjaceat querelæ inofficioſi. 376. a.
Militibus teſtantibus in expeditione remiſſa omnia, quæ ſubtilitatem magis quàm naturalem rationem habent. 344. a. cauſa hujus privilegii. *ibid.* in hybernis, &c locatos tale privilegium non habere. *ibid.* b.
Militum privilegia circa directam ſubſtitutionem in caſum pupillarem. 425. a.
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. 48. a.
Modi acquirendi jure civili ſingulares. 265. a.
Mores hodierni circa capturam ferarum. 170. a.
Mutiana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus. 686. b.
Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus, & expreſſam, iniquum videtur, & quid. 913. b. & ſi liberi, &c. *ibid.*

Digitized by Google

Mulieres cur arceantur à teſtimoniis teſtamentariis. 330. a.
Mutui etymon. 665. a.
Mutuum an ſit ſpecies alienationis. 299. a. Mutuum non confirmari conſumptione facta mala fide. 300. a. Nummi quando conſumpti intelligantur. 299. b. Si mala fide conſumpti, quæ tunc actio. 300. a.
Mutuum quid. 662. b. materia mutui. 663. a. Cur mutui datio tantum conſiſtat in rebus conſumptibilibus. *ibid.* Forma mutui propria. *ibid.* Singularia in mutuo recepta. *ibid.* b. Finis & effectus. *ibid.* Debitorem poſſe eam rem, quam mutuo accepit, in ſpecie reddere. 664. a.

N

Nati ex concubina non magis, quàm vulgo quæſiti, jus agnationis habent. 612. a.
Nati ex damnato coitu, omnis ſucceſſionis ſunt expertes. *ibid.* b.
Naturales liberi quot modis dicantur. *ibid.*
Naturalis omnis obligatio ipſo jure nudo conſenſu tollitur. 809. b. Item re integra & civilis nudi conſenſus, & honoraria pignoris. *ibid.*
Navis levandæ cauſa quæ ejiciuntur, pro derelicto non haberi. 224. a. circa res ejectas aut naufragio perditas quid juris cum olim tum hodie. 225. a.
Negotiorum geſtio quale factum. 790. a. Actio ex geſto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque contineat. *ibid.* b. Cujus culpæ nomine negotiorum geſtor teneatur. *ibid.*
Nepos ex filio naturali an per ſubſequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus. 77. b.
Nepos poſt mortem avi conceptus & natus non poteſt avo ſuus hæres exiſtere. 580. a. nec bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus accipere. *ibid.* b.
Nepotes ex diverſis filiis, etiam ubi ſoli ſunt, in ſtirpes familiam erciſcere. 578. a.
Nomen quo effectu à creditore alienetur. 864. b.
Nominum propriorum differentia ſubtilius, quàm vulgo, explicata. 522. a. Error in nomine legatarii non vitiat legatum. *ibid.* b. Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra. *ibid.* Quid ſi teſtator rem oculis ſubjectam alieno nomine appellaverit. 523. a.
Notarii publici an ſtipulando alteri acquirant: & quid juris hodie. 707. b.
Novatio quid, quæ in ea neceſſaria. 806. b.
Novationis effectus. 807. a. Quot modis novatio fiat. *ibid.* Novatio, quæ fit per litis conteſtationem, & quid differat à voluntaria. *ibid.* Novatio quando fieri intelligatur, ſi ab eodem debitore quis ſtipuletur. 808. b. Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia. *ibid.*
Noxales actiones an rectè inter arbitrarias numerentur. 917. b.
Noxa, noxia: noxæ dedere. 937. b.
Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia, reddi poſſunt. 664. a. Aucto aut diminuto nummorum valore, eos reddi oportere ex æſtimatione, quæ eſt, cùm ſolvuntur. *ibid.* b.
Nummos rectè numerari inter res corporales. 216. b.
Nuptiæ comprivignorum licitæ. 71. b.
Nuptiæ fratrum & ſororum interdictæ, etiam jure divino, & moraliter. 64. b.
Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea tranſverſa inæquali: & an huic prohibitioni conſentanea lex divina. 66. a. Nuptiæ conſobrinorum civili & divino jure licitæ: ſecus jure Canon. 67. a. Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. 69. a. lineæ tranſverſæ. *ibid.* inter affines tranſverſæ lineæ interdicta Levit. 18. an moralia. *ibid.* b.
Nuptiarum perfectio, nihil præter legitimum conſenſum deſiderat. 55. a.

O

Obligatio naturalis nudo conſenſu tollitur. 809. a.
Obligationes, quæ re contrahi dicuntur. 661. a.
Obligationum ſumma diviſio. 654. a. Obligatio naturalis. *ibid.* Obligationes naturales non omnes eumdem effectum jure civili habere, & quæ qualem habeant. 655. a. Obligatio mere civilis. *ibid.* b. Obligatio mixta. *ibid.*
Officium jus dicentis aliud, quàm officium judicis: & in quibus utrumque conſiſtat. 983. b.
Oleum. *vide* Frumentum.
Operæ ſervorum vix eſt, ut ſervitutibus perſonalibus annumerentur. 243. a.
Optionis & electionis legatum idem eſſe. 515. a. differre à legato generis & alternativo. *ibid.*
Optionis legatum habuiſſe olim conditionem cohærentem perſonæ legatarii. *ibid.* b.
Orcini liberti, & numquid juris in eos familiæ. 561. a.
Orficiano Senatuſconſulto filius & filia ad matris ſucceſſionem vocantur, non item nepos & neptis ad ſucceſſionem aviæ. 607. a. quod poſtea mutatum. *ibid.* b. Ex eodem ad matris ſucceſſionem admittuntur & ſpurii. Quid moribus hic receptum. 608. b.
Ordinis beneficium quale ſit, & quid quibus tribuat. 730. a. non pertinet ad fidejuſſores judiciales. *ibid.*

P

Pacta hodie etiam actionem parere juxta ſcita juris Canonici. 661. a.
Pactum de quota litis jure improbatum. 788. a.
Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio. 659. a. Pacta legitima & in continenti adjecta. *ibid.* Ex continenti adjecta

an inſint ex parte actoris in contractibus ſtricti juris. *ibid.* b.
Pœna conſtituta in eos, qui plus quovis modo petunt. 923. b.
Pœnæ nomine legare quid ſit. 530. a. Cur tale legatum veteribus improbatum. *ibid.* Cur probatum Juſtiniano. *ibid.*
Pœnæ ſtipulatione incertitudini obligationis occurri. 691. a. An per ſubjectam pœnalem ſtipulationem præcedens obligatio novetur. *ibid.*
Pœnalem ſtipulationem valere, quamvis inutili ſubjecta ſit. 722. b. Pœnam committi etiam ei, cujus nihil intereſt. *ibid.* Pœna debetur, quamacumque promiſſa. 723. a. Quoties ſtipulantis intereſt alteri dare, ſtipulatio alteri facta valet. 723. b.
Partum ancillæ cur placeat in fructu non eſſe. 209. a.
Parentibus quo jure alimenta debeantur. 14. a.
Pater quo jure olim, ut pater, ſucceſſerit filio. 600. b.
Patria poteſtas quo ſenſu propria civium Romanorum. 57. b. qualis ea olim, poſtea, & hodie. 58. b.
Patricii genere ſemper à plebejis diſtincti, non ordine. 21. a.
Patricii qui olim, qui poſtea dicti. 90. a.
Patris jura quibus modis apud nos ſolvantur. 95. b.
Patroni & parentis manumiſſoris comparatio. 93. a.
Patroni, parentes, &c. ſine venia in jus vocari non poſſunt: item hujus juris ratio. 892. b. & circa id mores hodierni. 893. a.
Patronos lex 12. tabb. non alio jure cenſuit, quàm agnatorum. 629. a.
Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum viſum, quàm patrem, fratrem, &c. *ibid.*
Pavones & columbæ omnes generis feri. 172. a. De peculio quando actio in patrem non datur. 853. a.
Peculio legato, quod vivo teſtatore accedit aut decedit, cujus lucro vel damno ſit. 580. a. Quid ſi poſt mortem teſtatoris. *ibid.*
Peculio pagano adventitio cum caſtrenſi communia. 316. a.
Peculium filiifam. quid ſit: quot ejus ſpecies: & quid ſingulæ. 305. a. Adventicii peculii proprietas primum quibuſdam in bonis, poſtremo generaliter filiofam. conceſſa, uſufructu patri relicto. *ibid.* Quibus caſibus plena hic proprietas filio acquiratur: & quid circa hæc moribus noſtris & Gallorum. *ibid.* b.
Pecuniæ appellatione res omnes continentur. 728. b.
Pecuniæ ſignatæ uſus perantiquus. 749. b.
Permutationis incommoda. 749. a.
Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertinent emptione perfecta. 751. b. Quid juris apud nos ex conſtitutione Caroli V. 753. b.
Petitoris in actione reſciſſoria intentio. 880. a.
Picturæ cur tabulam cedere placeat. 199. a. Domino tabulæ adverſus pictorem quomodo ſuccurratur. 200. a. In concurſu adverſus tertium poſſeſſorem uter præferendus. *ibid.*
Pignoratitia actio quando naſcatur. 675. a. quid differat ab hypothecaria. *ibid.* ad quid creditor pignoratitius teneatur. *ibid.*
Pignora in vicem ſatiſdationis quando admittantur. 133. a.
Pignoris varia ſignificata. 674. b. Pignus contrahi etiam ſola conventione. *ibid.*
Pignoris vendendi formam à Juſtiniano præſcriptam hodie non obſervari. 298. a. etiam cùm convenit; ut pignus diſtrahere liceat, unam ſaltem denuntiationem requiri. 297. a. Et quid juris ſi ſolutio ſua die non facta. *ibid.* b.
Pignus inter, & hypothecam, nihil intereſſe, quantum ad actionem hypothecariam. 886. a. Inter pignus & hypothecam quid propriè interſit ſecundum uſum juris. *ibid.*
Pignus perſequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. 884. a.
Piſcandi jus in flumine quo ſenſu dicatur commune. 159. b.
Piſces in alieno ſtagno capti cujus ſint. 169. a.
Polygamia numquam in foro conſcientiæ licita fuit. 70. b.
Portus, *vide* Flumina.
Poſthumi alieni ſervus cur rectè inſtitui hæres potuerit, ipſe non potuerit. 382. b.
Poſthumi qui propriè dicantur: & qui impropriè ſeu quaſi poſthumi. 368. b. Qui ex his agnaſcendo, qui ſuccedendo teſtamentum rumpant. *ibid.* Cur nepti quaſi poſthumæ plus tributum olim, quàm filiæ. 369. a. jus antiquum circa inſtitutionem & exhæredationem poſthumorum. *ibid.* b. Quid Gallus circa nepotis poſthumi inſtitutionem introduxerit. 370. a. Quid lex Velleja. *ibid.* b.
Poſthumi ſimiles incertis perſonis, 519. a. Poſthumi ſui & alieni. *ibid.* b. Poſthumus alienus quo ſenſu dicatur olim hæres inſtitui potuiſſe, 520. a.
Poſthumorum appellatione venire omnes liberos naſcituros. 104. b.
Poſtliminio reverſus quando quis intelligatur, 91. a. quæ res poſtliminio recipiantur, & quid juris hodie. *ibid.* b origo vocis poſtliminii. 92. a.
Poſſidere quid ſit in argumento uſucapionis. 267. b. Poſſeſſionem legitimi temporis ad uſucapionem definiti continuam requiri. *ibid.* Poſſeſſionis interruptio, ejuſque effectus. *ibid.* Etiam alienæ poſſeſſionis acceſſione uti licere ad implendam uſucapionem. 277. a. Poſſeſſionem juſtam defuncti prodeſſe hæredi etiam ſcienti rem alienam eſſe injuſtam, nocere etiam ignoranti. *ibid.*
Poſſeſſionis acceſſione auctoris ſui quando ſucceſſor particularis utatur. 278. b.
Poſſeſſio cur per extraneam perſonam acquiri poſſit, jus aliquod non poſſit. 312. a. Per conſe-

Digitized by Google

conſequentiam adeptæ poſſeſſionis etiam dominium nobis acquiri, *ibid.* b. vel conditionem uſucapiendi, ſed demum poſtquam ſcientia intervenit. 213. a.
Poſſeſſio rerum hæreditariarum nec ſuis hæredibus continuatur. 575. b.
Poſſidere quid propriè ſit. 971. b. Vetus controverſia circa retentionem & amiſſionem poſſeſſionis, quæ à Juſtiniano ſublata. 972. a. Etiam ſolo animo poſſeſſionem retineri. *ibid.* Ad acquirendam poſſeſſionem & animo opus eſſe, & ſimul aliquo actu corporali. 973. a. Quibus modis poſſeſſio amittatur. *ibid.*
Poſſidere pro hærede prove poſſeſſore quis dicatur in interdicto Quorum bonorum, & alia nonnulla ſcitu digna. 963. a.
Poſſeſſor bon. fid. qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impenſas conſequatur. 194. a. quid juris in malæ fid. poſſeſſore. 195. a.
Poſſeſſor bonæ fidei fructus perceptos ſuos facit. 204. b. conſumptos lucratur, extantes omnes reſtituit. 205. a. Praxis. 206. a. Ratio hujus juris. 203. a. b.
Poſſeſſor bonæ fidei quis ſit. 202. b. quid ſi poſtea cognoverit rem alienam eſſe. *ibid.*
Poſſeſſor bonæ fidei an domino ſervum vindicanti reſtituere debeat, quod ex operis ſervi paratum extat. 310. b.
Poſſeſſorii cum petitorio cumulatio. 970. a. Qui poſſeſſores quos fructus reſtituere debeant. 987. a.
Non poſſidenti nullam eo nomine actionem dari. 194. b.
Poſſeſſor malæ fidei nullos fructus percipiendo ſuos facit, aut conſumendo lucratur. 206. a.
Poſſeſſores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint. 218. a.
Poteſtatis vocabulum in magiſtratu. 139. b.
Prædia eorumque jura cum effectu juris conſiderata nunquam loco diſtinguuntur. 234. b.
Præjudicialis actio quid, quotuplex, & unde ſic appellatur. 894. b. Cur actionibus in rem annumeretur. 895 a.
Prælegatum dotis jure antiquo ſemper plus habuit, quàm dotis obligatio. 502. a. ac idem adhuc jure novo. *ibid.*
Præſcriptio non currit adverſus agere non valentem. 879. b.
Præſcriptio moratoria, & aliæ dilatoriæ. 24. a.
Præſcriptio quadriennii fiſcalis, nec olim cognita, nec canonibus aut moribus præcepta, 275 a. 280. b.
Præſumptio duplex pro inſtrumento. 721. a.
Præterita filia & nepotibus in poteſtate exiſtentibus, quid olim juris. 364. a. quid præteritis poſthumis. 367. a. quid præteritis emancipatis. 374. a. quid præteritis adoptatis. 375. a. Quid novi circa hæc introduxerit Juſtinianus. *ibid.*
[illegible]ritis à patre liberis, an legata beneficio novæ legis conſerventur. 443. b.
Præterito filio, qui in poteſtate eſt, teſtamentum jure civili nullum eſſe: unde quatuor conſectaria. 363. b. An tale teſtamentum prorſus inutile etiam jure prætorio. 365. a.
Prætextatus ſermo. 843. b.
Prætor circa ſucceſſiones ab inteſtato quomodo jus vetus emendarit. 636. a.
Prætor hæredem facere cur non poſſit. 637. a.
Prætori unde, & qualis condendi juris poteſtas. 25. a.
Proceſſus judiciarii partes. 981. b.
Princeps quatenus de bonis ſubditorum diſponere poteſt. 53. b.
Principes an & quatenus legibus ſoluti. 438. a.
Privilegiorum uſus rarus in ſtatu Democratico. 24. a.
Probatio negativæ, arctatæ loco & tempore. 719. a.
Procurator, & officium ac poteſtas, maximè hodie, &c. 943. a. Procuratorem, de cujus mandato conſtat, non cavere de rato. 945. a.
Procuratorum diſtinctio vulgata, in ſimplices, & cum libera, latè improbatur. 220. a.
Prodigus, qui facto ipſo talis, an is demum, cui ſimul interdicta rerum adminiſtratio. 130. b. non poteſt teſtamentum facere. 360. a.
Promittens metu, licet coactus, obligatur, & quare. 954 b.
Profanum quid, & unde dictum. 163. b.
Provincialium qui vectigales, qui ſtipendiarii. 218. b.
Pubertatis in maſculis ex annis etiam olim æſtimatio. 123. a.
Puberum minorum 25. annis obligatio. 716. b.
Publicianæ actionis introducendæ cauſa. 877. b.
Cur ut competat Publiciana, neceſſe ſit rem traditam eſſe: & an aliquando competat re nondum tradita. 876. b. An & de rebus incorporalibus: ubi & de bona fide, &c. 877. a. An etiam vero domino detur, & an cum rei vendicatione cumulari queat. *ibid.*
Cur requiratur, ut poſſeſſio amiſſa ſit, & amiſſa caſu. 877. a. Quæ ſit & qualis in hac actione petitoris intentio. *ibid.* b. Adverſus quem detur: quid ei obſtet: tum quis ejus exitus. 873. a.
Pupillariter ſubſtituere pater non poteſt, multo minus mater, liberis emancipatis. 407. a. nec nepoti in poteſtate conſtituto, quem pater antecedit. *ibid.* b An ut valeat ſubſtitutio pupillaris, ſufficiat liberos in poteſtate eſſe tempore mortis. *ibid.* Vulgari caſu expreſſo etiam pupillarem contineri. 408 a. An & ex converſo. *ibid.*
Pupillo, in quem ſolutio collata rectè ſolvi. 301. b. Debitorem, pupillo ſine tutoris auctoritate ſolventem, non liberari, licet dominium transferat. *ibid.* a.
Pupillus, aut minor, non reſtituitur beneficio æta-

Digitized by Google

ætatis adverſus ſolutionem factam ſecundum Conſtitut. Juſtin. 302. a. quid ſi nummos ita ſolutos ſalvos habeat. *ibid*.b. Si pecunia, quam pupillus ſine tutoris auctoritate credidit, petierit, utrius futura ſit jactura. 203. a.

Q

QUarta D.Pii totorum bonorum, an portionis ab inteſtato debitæ quarta pars ſit, & num etiam hæc aucta. 81. a.
Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando. 445. b. Quod ſtatim poſt liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. 446. a. An jure noviſſimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi. *ibid*. b. An fratres uterini cum conſanguineis debeant concurrere. *ibid*.
Querela inoſſicioſi teſtamenti quando liberis exhæredatis aut præteritis neceſſaria. 440. a. quando poſthumis. 448. b.
Querela inoſſicioſi utrum ſit actio, ſive petitio; an remedium aliquod ab actione ſeparatum. 442. b.
Querela non datur iis, qui alio jure venire poſſunt. 448. a. Parenti manumiſſori cur detur, cùm contra tabulas petere poſſit. *ibid*.
Querelæ inoſſicioſi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint, & num idem adhuc hodie. 444 a.
Querelæ inoſſicioſi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoſcit: & in univerſum de effectis agnitionis & oppugnationis judicii defuncti, cum collatione juris veteris & novi, 452 b.
Quaſi contractus quid ſit. 788. b. Obligationem ex quaſi contractu non eſſe ex tacita conventione. 789. a. Tacitum cum ficto, expreſſum cum vero perperam confundi. *ibid*.
Quaſi ex contractu hæres legatariis propriè obligatur, non creditoribus hæreditariis. 793. a.
Quaſi maleficium, quid. 850. b.

R

RApinæ pœna. 830. b. Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit. 831. a.
Recipere, quid. 887 a. Actionis recepticiæ & conſtitutoriæ diſcrimen. *ibid*. b.
Regula; *Quod ſemel utiliter conſtitutum eſt, durat, licet ille caſus extiterit, unde incipere non potuit*: quando locum habet, & quando contraria. 359. b.
Regulæ; *Neminem poſſe rogari, ut plus reſtituat quàm ipſe cepit*; declaratio. 560. a.
Reipubl. cauſa qui abeſſe dicantur; & quæ horum peculiaria. 139 a.
Religioſus locus ut fiat, quæ neceſſaria. 164. b.
Remedium *l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo*. 968. b.
Reorum duorum debendi, & promittendi, &c. 692. b.
Rerum communium uſus omnibus competit. 157. b. quatenus harum rerum quid occupari, quo effectu, poſſit. 158. a. quatenus differant ab his, quæ nullius ſunt, communi uſui non attributa. *ibid*.
Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum deſideret. 219. b.
Res omnes aut in bonis noſtris ſunt, aut extra bona, tertium genus non datur. 156. a.
Res ſacræ, & perſona conſecrantis. 162. b.
Reſcindentis & reſciſſorii judicii commentum. 879. b.
Reſcripta contra jus elicita, & preces ſub & obreptitiæ. 24. a.
Reſtitutio adverſus eum, qui abſens uſucepit rem in civitate manentis, ubi & alia. 879. a. adverſus eum qui præſens rem abſentis uſucepit. 880. b. Reſtitutio adverſus uſucapionem an detur ex ſola cauſa ignorantiæ. *ibid*. Reſtitutio & reſciſſio ex edicto; Quæ in fraud. cred. 882. b.
Retentio rei dotalis quibus ex cauſis marito olim conceſſa, & quid poſtea hic novi. 926. b.
Retentio extra cauſam dotis. *ibid*.
Reus quid & unde dictus. 692. a. Duo rei ſtipulandi. *ibid* b. Duo rei promittendi. 693. a. Duo rei debendi non aliter nunc ſiunt, quàm ſi id ſpecialiter actum. *ibid*. jure noviſſimo iis competere beneficium diviſionis, non tamen in foro mercatorum. *ibid* b. Solutione, alio ve modo, qui vice ſolutionis ſit, promiſſore ab uno è reis credendi liberato, totam tolli obligationem. 694. a. Uno è duobus reis promittendi ſolvente, &c. omnes liberari. *ibid*. b.
Ripa quid ſit. 160. b.
Ripæ non ſequuntur conditionem fluminis, ut littora maris. 161. a.
Roma olim commune forum. 858. b.

S

SAbiniano Senatuſconſulto quid cautum. 56. b.
Sacra privata. 163. b.
Sancti appellatio quàm latè pateat. 165. b. inter ſancta an rectè portæ numerentur. 166. a.
Satiſdatio tuorum apud nos qualis, & nonnulla alia. 134. a.
Satiſdationum modus & uſus hodiernus. 948 a.
Satisfacere & ſolvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant. 219. a.
Scriptura non pertinet ad eſſentiam legis. 19. a.
Senatuſconſulti Macedoniani ſcopus. 936. a.
Senatuſconſulto Trebelliano quæ incommoda cauſam dederint. 546. a. Quæ Senatuſconſulto Pegaſiano. 547. b. Hoc Senatuſconſulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommiſſa hæreditatis. *ibid*. Diſcrimen legis & Senatuſconſulti circa res, quæ imputantur. *ibid*.
Hæres qui ultro totum, quod rogatus eſt, reſtituit,

ſtituit, an ſolus onera ſubeat ex Pegaſiano. 549. b. Caput Senatuſconſulti de cogendo nolentem adire. 550. a.

Senatus juris condendi poteſtatem quando, & unde acceperit. 21. b.

Senatuſconſulto Tertilliano matri rer aut quater enixæ liberorum delata legitima hæreditas. 605. b. Qui matri prælati ex eo Senatuſconſulto, *ibid.* Jus novum circa matris legitimam ſucceſſionem liberorum vulgo quæſitorum. *ibid.*

Sententia ſine certa quantitate prolata cur non valeat. 919. a.

Sententiæ certitudo unde metienda. *ibid.* b. etiam in petitione incerta certam debere ferri ſententiam. 920. a. Quibus caſibus certa ſententia ferri nequeat. 919. b.

Sententiæ nullius momenti quæ, licet injuſtæ, valeant, & quid circa hæc in Belgio. 984. a.

Sepulchra privata antiquorum, & hodierna. 164. a.

Servi quomodo à dominis tractandi. 52. b.

Servi pœnæ qui. 89 a. Servitus pœnæ ſublata. *ibid* b.

Servi in his regionibus nulli. 36. a.

Servi cur nobis etiam ignorantibus & invitis acquirant. 307. b. Cur hinc excipiatur hæreditas. 308. a. An poſſeſſio per ſervum domino ignoranti acquiratur ex quacumque cauſa. *ibid.*

Servitus quo ſenſu dicatur contra naturam eſſe. 34. a. Voluntaria in ſervitutem datio. 37 a.

Servitus prædii quid ſit, quid ea requirat. 229. a.

Servitutes prædiorum omnes perpetuam cauſam habere debent. 330. a.

Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiatur, an differant. 238. a. Aquæ hauſtus, pecoris ad aquam appulſus, an inter ſervitutes prædiorum rectè numerentur. 239 a.

Servitus communi prædio ab uno neque conſtitui neque acquiri poteſt. 240. b. Ad conſtituendam ſervitutem non ſufficit ſola pactio. *ibid.* Ultima voluntate conſtituitur ipſo jure. 241. a. Per uſum ac poſſeſſionem noſtram quomodo capiatur. *ibid.* quibus modis amittatur. 242. b.

Servitutes ſtillicidiorum & fluminum. 235. b. Jus altius tollendi ſine ſervitus. 236. b.

Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi ſunt diſtinctæ, item projiciendi & protegendi. 235. a.

Servitutem perſonalium ſpecies. 243. a.

Servo proprio hærede inſtituto, quis circa acquirendam hæreditatem effectus. 381. a. quid circa idem inſtituto ſervo alieno. *ibid* b.

Servo hæredis cur purè inutiliter legetur. 526. a. cur domino hæredis utiliter. 527. a.

Servo alieno, qui paterfam. credebatur, inſtituto, hæreditas ex æquo dividitur inter ſubſtitutum ſervi & dominum. 405 a.

Servus fructuarius cui acquirat, ſi dicat ſe domino proprietatis accipere ex re fructuarii. 309. a.

Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres inſtitutus, juſſu fructuarii hæreditatem adire debet. 309. b.

Servus proprius ſimpliciter tutor datus directo liber ſit. 101. a.

Seſtertius & ſeſtertium, an idem valeant. 630. a.

Societas quid, quarum rerum, quando & quomodo. 767. a. Species ſocietatis ſubjectis diſtinctæ. 768. a. Univerſorum bonorum ſocietas, & ejus effecta. *ibid.* b. Inter conjuges moribus Belgii. *ibid.* Quæ bona communicentur, ſi ſocietas ſimpliciter coita ſit. *ibid.* Si de partibus ſocietatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales eſſe. 769. b. Si partes expreſſæ, hæ ſervandæ, qualiſcumque collatio ſit. 770. a. Notabilia quædam circa eaſum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. 771. a. Quid ſi convenerit, ut unus lucri ſit particeps, damni immunis. *ibid.* b. Si in una tantùm cauſa, puta in lucro, pars expreſſa, in altera eadem ſervari debet. 772. a. Societas unius è ſociis renuntiatione ſolvitur. *ibid.* b. Quibus ex factis renuntiatio tacitè arguitur. *ibid.* Malitioſa renuntiatio quatenus cui noceat. 773. a. Solvi ſocietatem etiam morte unius è pluribus, & quo id pertineat. *ibid.* b. Ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio ſocietatis exigatur. 776. a.

Solemnitates quatenus quibus in teſtamentis paganorum remiſſæ. 327. b. quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid.*

Solutio quid propriè. 800. a. Aliud pro alio invito creditori ſolvi non poſſe. *ibid.* exceptiones hujus regulæ. *ibid.* Ad juſtam ſolutionem requiri, ut ſolvatur ſimul & ſemel totum, quod debetur. *ibid.* b. Licere unicuique pro debitore ſolvere etiam ignorante & invito. 801. b.

Quid ſi creditor ſolutionem ab alio oblatam recuſet accipere, & quid ſi alius pro emphyteuta canonis ſolutionem offerat. 802. a. Fidejuſſore pro reo ſimpliciter ſolvente, utrum ipſo jure reus liberetur, an per exceptionem. *ibid.* b.

Sortis judicium apud veteres frequens. 516. b.

Species, *vide* Genus.

Species nova non acquiritur facienti, niſi eam fecerit ſuo nomine & bona fide. 183. a.

Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem. *ibid.* circa ſpecificationem Proculi & Sabini diſſenſus. 184. a. media ſententia qua ratione nitatur. *ibid.*

Sponſalia, eorum genera & effectus. 57. a.

Sponſores, vades, prædes. 726. b.

Spurii an pro turpibus perſonis habendi. 446. b.

Status conſtoverſiam quis pari dicatur. 142. b.

Statuta qui qua conditione condere poſſunt. 15. b.

Stipendium & tributum an differant. 218. a.

Stipulatio quid ſit. 676. a. Stipulationum uſus quam varius. 677. a.

Stipulatio non habet certam & determinatam

Digitized by Google

naturam. *ibid.* Stipulationis vera originatio. 678.b. Ad ſubſtantiam ſtipulationis quæ adhuc requiratur. 679.a. Moribus hodiernis ſtipulationum & pactorum jura fere confundi. 680. a. Ex pura ſtipulatione ſtatim agi poteſt. *ibid.*

Stipulatio non valet, in quam res deducta eſt, quæ non eſt, nec unquam fuit. Ubi de hippocentauris. 702. b. Quid ſi deducta res, quæ eſſe deſiit. *ibid.* Quid ſi, quæ non ſit in commercio. 703. b. Quid ſi ſtipulator ſciat non eſſe in commercio. 704.a. Quid ſi ille ignoret, promiſſor ſciat. *ibid.* Quando ſtipulatio utilis earum rerum, quæ ſecundum quid extra commercium. *ibid.* De ſtipulatione rei ſuæ. *ibid.* b. Stipulatio extinguitur in caſum deducta, unde incipere non potuit. *ibid.* An ex contrario iterum reſtituatur. 705. a. Res commercio exempta, nec ſub conditione in ſtipulatum rectè deducitur. *ibid.*

Stipulatio in alium collata, quid tribuat ſtipulatori. 708.b. Quid adjecto ſolutionis cauſa. *ibid.* quid permittat promiſſori. *ibid.* quid ſi adjectus ſtatum mutaverit. 709.a. Quid juris, ſi quis conjunctim ſibi & alteri ſtipuletur. *ibid.* b.

Stipulatio poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis. 719. b. Qua ratione jus vetus mutatum *ibid.* Stipulatio præpoſtera. 720. a. poſt mortem alterius concepta, aut in tempus mortis reorum. *ibid.* b. Quid interſit, utrum plures res conjunctim an disjunctim in ſtipulationem deductæ. 721. b.

Stipulationes, & obligationes ad hoc comparatæ, ut unuſquiſque acquirat ſibi: qui alii ſtipulatur, nihil agit. 707.a. 712.a. Quæ hic cautiones adhibendæ. 707.b. Quibus in cauſis admiſſum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur. 708. a.

Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis. 550. a. partis & pro parte. 548. b. Cur hæ ſtipulationes captioſæ. 551. b.

Stipulationes rem pupilli ſalvam fore, rem ratam haberi & duplæ, an rectè dicantur communes. 700. a.

Stipulationum judicialium uſus. 698 b. exempla harum ſtipulationum. *ibid.* Stipulationes prætoriæ unde cognoſcantur, earum uſus & exempla. 699. a. Quibus in cauſis locus ædilitiis. *ibid.* Diſtinctio ſtipulationum judicialium & prætoriarum ad uſum fori accommodata. *ibid.* b.

Subſidiaria actio quando pupillis detur adverſus magiſtratus. 135 b. qui magiſtratus ea actione teneâtur, & an hodie adhuc in uſu. 136.b. 137.a.

Subſtitutio vulgaris in ſuo hærede non operatur in caſum impotentiæ, ſed noluntatis. 399. b.

Subſtitutio pupillaris unde dicta, & quo aſpectu ſubſtitutio. 406. a.

Subſtitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo aut duodecimo completo. 423. b. Si longius tempus comprehenſum, an ſubſtitutio valeat jure fideicommiſſi. 424. a. An ad cauſam fideicommiſſi trahatur ſubſtitutio à pubertate incipiens. *ibid.* Apud Batavos ſubſtitutioni pupillari non eſt locus, & quid de exemplari. 425. b.

Subſtitutio exemplaris quo conſilio introducta. 413. a. Quid juris ſi uterque parens exemplariter ſubſtituat. *ibid.* b. Subſtitutio exemplaris an ad mutos quoque & ſurdos porrigenda. 414. a. Etiam impuberibus, mente captis, qui in poteſtate ſunt, rectè exemplariter ſubſtitui. *ibid.* Si plures ſint mente capti, liberi, vel fratres, poſſe vel unum ex his ſubſtitui. *ibid.* b. An & exhæredatis exemplariter rectè ſubſtituatur. 415. a. An ſubſtitutio exemplaris per reſipiſcentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo. *ibid.* b.

Subſtitutionis verbum quàm variè uſurpetur. 397. a. Subſtitutionis diviſio in directam & fideicommiſſariam. *ibid.* Subſtitutionis nomine ſimpliciter poſito intelligi directam: & perfecta hujus definitio. *ibid.* Subſtitutionem in codicillis factam ſuſtineri in vim fideicommiſſi. 398. b.

Subſtitutionis pupillaris exhæredato factæ formula. 418. a. à ſubſtituto filii exhæredati partem legati non poſſe, ſicut nec ab ipſo exhæredato. *ibid.* b.

Subſtitutionis pupillaris formula generali ſoli vocati intelliguntur, qui hæredes nominatim ſcripti. 422 b. ex eadem formula ſoli veniunt, qui patri hæredes extiterunt. 423. a. Alius ejuſdem formulæ effectus. *ibid.*

Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto. 401. b.

Subſtitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur. 409. b. Quando vi formulæ pupillaris. 410. a.

Subſtitutus pupillaris excludit hæredes omnes legitimos, etiam matrem. 411. a. etiam quoad legitimam. *ibid.* b. Idem in pupillari tacita. *ibid.*

Succedere in capita quid ſit, quid in ſtirpes. 577. b.

Succedendi ab inteſtato ratio ex jure noviſſimo. Succeſſio liberorum. 614. b. Succeſſio parentum. 615. a. Succeſſio collateralium. *ibid.* b.

Succedendi ab inteſtato ratio apud Batavos. 617. b.

Succeſſioni in legitimis hæreditatibus cur olim non eſſet locus. 599. a. Cur Juſtinianus admiſerit. *ibid.* b. Quid ſit, quod dicitur, ſucceſſionem non eſſe in ſuis hæredibus, & num id mutatum. *ibid.* a.

Succeſſionis in ſtirpes uſus initio tantùm inter ſuos hæredes fuit: tum hujus ſucceſſionis ratio. 577. b. Quatenus procedente tempore extenſa. 578. a. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid.* Ad ſucceſſionem inteſtati qui deſcendentium lege 12. tabb. & à prætore vocentur. 587. b. Juris veteris derogatio qua ratione, & an ſufficienti nitatur 588. a. Quatenus primum *leg. C. Theod.* de in *l. ult. C. de ſuis & leg. liber.* juri veteri derogatum, & alia non trita. *ibid.* b. & *ſeqq.*

Su

Digitized by Google

Sui hæredes qui dicantur. 458. b. ratio hujus nominis, & quædam alia non paſſim obvia. 459. b. Altera horum hæredum qualitas, ſc. neceſſitas, & quid ea operetur. 460. a. Prætor jus ſuitatis non ſuſtulit dato beneficio abſtinendi, ſed neceſſitatem. *ibid.* b.

Surdi & muti pro hærede gerere poſſunt. 471. a. Quid ſi hæreditas delata infanti aut furioſo. *ibid.* b.

Surdos & mutos natura in militiam legi non poſſe. 339. b.

Suſpectum rectè poſtulari etiam apud eum, cui mandata juriſdictio. 149. a.

Suos hæredes ſub alia conditione inſtitui non poſſe, quàm quæ ſit in eorum poteſtate. 392. b.

Suus hæres an quis exiſtere poſſit, quo tempore inſpiciendum. 578. b. 579. a.

Suus hæres accepto vulgari ſubſtituto, ex neceſſario fit voluntarius, ſalva qualitate ſui hæredis. 399. b.

T

TEſtamentum an annulo dumtaxat ſignare licuerit, an & alio inſtrumento. 328. b.

Teſtamenti factio quotuplex. 330. a.

Teſtamenta non notis, ſed litteris ſcribenda. 329. b.

Teſtamenti ſcripti. 325. a. mixti ex prætorio & civili forma. *ibid.* In teſtamento ſcripto non exigi, ut teſtis intelligat ſermonem teſtatoris. *ibid.* b. Singularia in teſtamento cæci. 361. a.

Teſtamenti factionem cur filiifam. non habuerint. 354. b. Cur ne patre quidem conſentiente potuerint teſtari, & quid hic de codicillis & mortis cauſa donatione. *ibid.* & 355. a. Circa hæc mores noſtri. 358. a.

Teſtamento patris non ſubſiſtente, & filii nullum eſſe. 420. b ideo patrem prius ſibi debere teſtamentum facere. *ibid.* a. Teſtamento patris per querelam reſciſſo, pupillarem ſubſtitutionem concidere, & cur non item bonorum poſſeſſione cont. tab. 421. a. quid juris hic jure noviſſimo. *ibid.*

Teſtamento ſcripto cum nuncupativo communia. 325. a. 327. a. diſcrepantia. 341. a.

Teſtamentum factum juxta ſtatutum aut conſuetudinem alicujus loci, an etiam vim habeat extra illum locum. 342. a.

Teſtamentum unius in plures codices referri poteſt. An teſtamenta plurium in codicem unum. 340. a.

Teſtamentum à pagano non rite factum, ſi is poſtea militare cœpit, an id jure militiæ valeat ſine nova voluntate in caſtris declarata. 350. a.

Teſtamentum in procinctu. 320. b. Calatis comitiis. 319. b. per æs & libram. 321. a. quando hæc in uſu eſſe deſierint. 322. a.

Teſtamenti prætorii forma. 325. a.

Teſtamentum antea factum cur furor poſtea incidens, &c. non vitiet: capitis deminutio vitiet. 359. b.

Teſtamentum ut conſiſtat, quænam in perſona teſtantis requirantur. 353. a.

Teſtamentum apud hoſtes factum, jure poſtliminii non convaleſcere. 361. b. quid hic juris hodie. 361. b.

Teſtamentum in genere quid ſit. 315. a. b. aliæ teſtamenti deſcriptiones examinatæ. *ibid* alluſiva & vera teſtamenti notatio. 316. a. Genera teſtamentorum. 315. a.

Teſtamenti factio ſitne juris gentium, an juris civilis. 317. a liberam teſtandi poteſtatem apud multos non eſſe, nec apud nos de feudis. 318. b.

Teſtamentum ruptum nativitate poſthumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. 433. a. Teſtamenti poſterioris cancellatione reſtitui prius, cujus tabulæ integræ. *ibid.* b. differentiæ circa reſtitutionem teſtamenti irriti facti maxima aut media capitis deminutione, & arrogatione. 434. a. Teſtamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram ſeptem teſtibus declarata. 435. a. Quid juris ſit cauſa adjecta, *Quia volo decedere inteſtatus. ibid.* b. Cur ne novi quidem teſtamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. 436 a. temperamenta hujus doctrinæ. *idid.* b.

Teſtamentum quot modis rumpatur. 427. a. Teſtamento deleto, inciſo, &c. utrum fiſco deferatur hæreditas, an venientibus ab inteſtato. 428. a. An jura de inciſione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad teſtamenta nuncupativa, de quibus inſtrumentum conficitur, ut nunc moris eſt. *ibid.* Cur prius teſtamentum rumpatur per poſterius, etiam tabulis integris manentibus *ibid.* b. etiamſi non revocetur. *ibid.* Quid juris, ſi prius teſtamentum contineat clauſulam derogantem. 429. a. Quid ſi ex poſteriore nemo hæres extiterit. *ibid.* b.

Teſtamentum deſtitutum. 419. b. 573. a.

Teſtandi facultatem natura non habere, quem natura voce & auditu privavit. 339. b. Quid de his, qui caſu muti aut ſurdi facti, notata ſimul oſcitantia Compoſitorum. 340. a. & quid hic jure communi. 358. a.

Teſtandi forma in his regionibus. 341. b.

Teſtandi facultatem capite damnati olim amittebant. An poſtea ab eo jure receſſum. 353. a.

Teſtandi jure militari privilegium etiam noſtri temporis militibus competere. 352. b.

Teſtato pro parte & inteſtato nemo decedere poteſt: & quam rationem id habeat. 385. b. circa idem mores hodierni. 387. a.

Teſtatoris voluntas declarata teſtamento minus ſolemni an obliget in foro conſcientiæ. 316. b.

Teſtes ad teſtamentum adhiberi non poſſunt, muti, ſurdi, cæci. 330. b.

Teſtis in teſtamento eſſe non poteſt, qui eſt in poteſtate teſtatoris, & quid de filio emancipato.

Digitized by Google

10.334.a. An pater in teſtamento filii poſt miſſionem teſtantis de caſtrenſi peculio rectè teſtis adhibeatur. *ibid*.b. teſtes domeſtici cur reprobentur, & quid hic teſtimonium domeſticum. 335.a.
Teſtis an rectè adhibeatur hæredis pater, in cujus poteſtate non eſt, aut filius hæredis emancipatus. 336. b.
Teſtibus in teſtamento militis ſcripto opus non eſſe. 346. b. Quot teſtes à milite per nuncupationem teſtante adhibendi. *ibid*. An rogatio teſtium militi neceſſaria. *ibid*.
Teſtium conditio tempore teſtamenti ſpectanda. 331.b. idem juris & in habilitate putativa. 332. a. quid ſi quis è teſtibus ante apertas tabulas moriatur. *ibid*.
Theſauri varia ſignificata. 211.a. inventus in loco proprio acquiritur inventori. *ibid*. b. quamvis locus ſacer aut religioſus. 212. a. in alieno inventus, pro dimidio inventoris fit, pro altera dimidia conceditur domino. 213. b. ratio hujus juris. *ibid*. quid juris hodie. *ibid*.
Tigni appellatio quàm latè pateat. 191. a.
Traditio vera & ficta. 214. b. Citra traditionem dominia jure gentium non transferri. *ibid*. An ad transferendum dominium requiratur vacuæ poſſeſſionis traditio. 215. a. Traditione non transferri dominium, niſi juſta cauſa præceſſerit, ſaltem opinione tradentis. 216. b. Diſſenſio in cauſis tradendi an & quando impediat dominii translationem. *ibid*.
Triboniani collectiones minimè neceſſariæ. 586. a.
Triboniani duplex error animadverſus. 143. b.
Triboniani teſtimonium de nudorum corporum inſpectione ſuſpectum. 123. a.
Tutela in abſtracto conſiderata eſt juris gentium, in concreto juris civilis. 118. b. Tutelæ affectatæ. 140. a.
Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur. 106. b. ejus vix apud nos uſus: & quid moris ceſſante teſtamentaria. *ibid*.
Tutelæ legitimæ ſpecies. 104. a. agnatorum. 106. b. patronorum. 111. b. parentum. 112. a. fiduciaria. 113. a.
Tutelæ definitio explicata. 96. b. ſpecies tutelæ. 98. a. Tutela an munus publicum. 138. a.
Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri. 124. a.
Tutor an jure datus ſit, quibus ex rebus æſtimandum. 99. a. qui, quibus teſtamento tutores dare poſſunt. 100. a. Tutoris à patre dati confirmatio quid differat à dato à matre vel extraneo. 99. b. Tutores confirmati pro teſtamentariis habendi. 100. a. Tutorum genera apud nos. *ibid*.
Tutor à magiſtratu dari non poteſt minor 25. ann. 102. b. Non poteſt dari ad certam rem, ſecus apud nos. 103. a. b.
Tutor præter dolum & culpam præſtat, ſed levem duntaxat. 791. b.
Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis, & quid moribus noſtris. 151. b.
Tutor interdum à magiſtratu datur impuberi ad adeundam hæreditatem. 115. b. ratio cogendi tutores ad tutelam ſuſcipiendam. 116. a. Tutores dati, qui excuſari volunt, non debent appellare. 145. a.
Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant. 119. a.
Tutoris gubernatio quibus in rebus conſiſtat. 119. a. quibus in rebus neceſſaria aut ſupervacua tutoris auctoritas. *ibid* b. auctoritatis interponendæ modus. 121. a.
Tutoris unius ex pluribus ſatiſdationi non obnoxiis provocatione cæteros ſatiſdationi ſubjici: & quis ordo in geſta uni committendo. 134. b.

V

Vectigal navigantibus qui jure imponant. 159. a.
Venditor an præcisè teneatur rem tradere. 742. a.
Venditor levem dumtaxat, non etiam leviſſimam culpam præſtat, niſi cuſtodiam in ſe ſuſceperit. 754. a. Quarum rerum venditio rectè fiat. 756. a. Quid juris ſi uterque aut alteruter qualitatem rei neſciverit. *ibid*.
Venditor an præſumatur fidem emptoris ſecutus ex eo, quod ſimpliciter rem tradiderit. 219. b.
Venia ætatis quando, qua conditione & à quo concedatur, & cur citius fœminis, quàm maſculis: ubi & mox de moribus patriæ. 126. b.
Veritas plus valet quàm opinio, interdum contra; & quando. 496. b.
Victus victori in expenſas, &c. damnandus. 978. a.
Via quid ſit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu. 233. a.
Vindicare qui rem inſtituit, eum adhuc interdicto agere poſſe: & de judicii petitorii cum poſſeſſorio cumulatione. 970. a.
Vindicare quid, lis vindiciarum, vindiciæ, & alia. 898. b.
Vinum. *vide* Frumentum.
Violentiæ varia genera. 828. a.
Vitium actoris ſucceſſori neque prodeſt, neque nocet. 279. a.
Vitium poſſeſſionis quomodo purgetur. 274. a.
Unio prolium in Germania. 79. b.
Univerſitas non titulum acquirendi, ſed rem quæ acquiritur, ſignificat. 314. a. modi acquirendi per univerſitatem. *ibid*. ſpecies acquiſitionis per univerſitatem apud nos receptæ. 315. b.
Univerſitatis res quæ, & quantum in his juris ſingulis. 162. a.
Uſuarius etiam ex fructibus induſtrialibus ſumere poteſt: & qua conditione. 259. b. Modus utendi, & quàm largè aliquando cum uſuario agitur. 260. a. quarum partium fundi poſſeſſio quo-

Digitized by Google

quodammodo penes uſuarium. *ibid.* Non poteſt utendam alii locare aut vendere. *ibid.* b.
Uſuarius non prohibetur, dum ipſe inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alteri locare. 262. a.
Uſucapionis & præſcriptionis verus differentia. 265. b. perſona uſucapientis quæ neceſſaria, & de bona fide. 267. a. de juſto titulo. *ibid.* b. Cur præd a provincialia uſucapi non potuerint. 268. a. Quæ res uſucapionem non recipiunt. 269. b. Error falſæ cauſæ obſtat uſucapioni. 275. b.
Uſucapionis tempora an apud nos obſerventur. 269 a. Juris de uſucapione conſtituti ratio. 268. b.
Uſus quid ſit, quid uti, quæ onera uſuarii. 257. b. quid inter uſum & uſumfructum interſit, tum in conſtituendo, tum in amittendo. 258. a.
Uſus ſervorum. 262 b. jumentorum. 263. a. pecorum. *ibid.* b.
Uſusfructus in rebus fungibilibus conſtitui non poteſt. 249. a. In hoc rerum numero non ſunt veſtimenta. *ibid.*
Uſusfructus amittitur non utendo per modum conſtitutum. 254. a quanto tempore non utendo amittatur. *ibid.* b. An olim ſicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione perierit, 253. a. Extraneo ceſſus ad proprietatem revertitur. 255. a. Cur mutatione rei extinguatur. 256. b. Quando res mutata aut non mutata intelligatur. *ibid.* a.
Uſusfructus quibus modis conſtituatur. 247. a. teſtamento conſtitui ipſo jure, inter vivos pactionibus, ſed ſi ſequatur traditio. *ibid* b. quid in definitione uſusfructus verbo juris ſignificetur. 244 a. quid ſibi velint verba *Sublato corpore*. 247. a. Uſumfructum formalem ſemper eſſe in re aliena: & quo ſenſu dicatur pars dominii. 245. a.
Uſusfructus definitione non contineri colonum, creditorem ἀντιχρηθέντα. *ibid.* neque maritum, hæredem fiduciarium, emphyteutam, *ibid.* b. Quid in definitione ſibi velit *ſalva rerum ſubſtantia*. 246. a.

FINIS.

IN-

Digitized by Google

INDEX II.

RERUM ET VERBORUM

IN TEXTUM INSTITUTIONUM.

A

ABſolutoria ur judicia, *lib.4.tit 12.in fin.*
de Accreſcendi jure inter legitimos hæredes, *lib. 3.tit.4.§.ult.*
Actionis definitio, *lib. 4.tit.6.in pr.* ¶. Diviſio prima in Actiones reales & perſonales, §. 1. de Actione Confeſſoria & Negatoria, 2. Actionibus Prætoriis realibus, 3. Actione Publiciana, 4. Reſciſſoria, 5. Pauliana, 6. Serviana & Quaſi Serviana ſeu Hypothecaria, 7. Actionibus Prætoriis perſonalibus, 8. Conſtitutæ pecuniæ, 9. Peculii, 10. & 36. In factum ex jurejurando, 11. Pœnalibus, 12. Præjudiciorum, 13. Condictione ſuæ rei, 14. de Actionum nominibus, 15. ¶¶. Actionum Diviſio ſecunda, §. 16. ac de Actionibus Perſecutoriis rei, 17 Perſecutoriis pœnæ, 18. Mixtis, id eſt tam in Rem, quàm in Perſonam, 20. ¶¶. Diviſio tertia, §. 21. ac quidem de Actionibus in Simplum, 22. Duplum, 23. Triplum, 24. Quadruplum, 25. ¶. Subdiviſio Actionum in Duplum, §. 26. in Quadruplum, 27. ¶¶. Diviſio quarta, ac quidem de Actionibus bonæ fidei, §. 28. Uxoriæ rei actione, in actionem exStipulatu transfuſa, 29. Compenſationum & Poteſtatis judicis, in judicio bonæ fidei, 30. & 39. ¶. De Actionibus Arbitrariis, §. 31. ¶¶. Quinta Diviſio, ac de Actionib. ratione, Petitionis incertæ quantitatis, §. 32. Pluris Petitionis, 33. Petitionis minoris ſummæ, 34. Si aliud pro alio petatur, 35. ¶¶. Diviſio ſexta, ac quidem de Actione Peculii, §. 36. & ſeq. Item de Dote, §. 37. Item & adverſus Parentem, Patronum, Socium, Donatorem, §. 38. de Actione Compenſationum, §. 39. Ceſſionis bonorum, §. 40.
de Actione Ædilitia concurrente cum actione pauperiei, *lib.4.tit.9* §.1.
ad Exhibendum, *lib. 4. tit. 17.* §. 3. Communi dividundo, §. 5.
Actionis directæ, utilis & in factum jus ex lege Aquilia, *lib. 4. tit. 3. §. ult.*
Actione Exercitoria & Inſtitutoria, *lib.4.tit.7.* §.2. Tributoria, §.3. & directa in patrem & dominum, §.7. itemque de prædictarum actionum concurſu, §. *eod.*
Familiæ erciſcundæ, *lib.4.tit.17.§.4.*
Finium regundorum, § *6.*
Actio *Quod juſſu* ut adverſus dominum detur ob ſervi negotium, *lib.4.tit.7.§.1.*
de Actionibus ad hæredes vel in hæredes tranſeuntibus, *lib 4.tit.12.§.1.*
Noxalibus, *lib. 1.tit.8.paſſ.*
Perpetuis & Temporalibus, *lib. 4. tit. 12. paſſ.*
Realibus, *lib.4.tit.17.§.2.*
de Adjudicationis jure & Actione, *lib.4.tit. 17. §. ult.*
Adoptionis diviſio, *lib.1. tit.11.§.1.* Adoptare qui poſſint filiumfam. vel non, §. 2. de Adoptantis & Adoptati ætate, 4. de Adoptione in locum nepotis, neptis, vel deinceps, 5. Adoptione filii alieni in locum nepotis; vel nepotis in locum filii, 6. Adoptione in locum nepotis, & de nepote in adoptionem dando, 7. in Adoptionem qui dari poſſint, 8. Adoptare ut ſpadones poſſint, caſtrati non poſſint, 9. Item nec Fœminæ, 10. de Adoptivo ſervo, vel filio nominato à domino, 12. Adoptatus ut & liberi ejus una adoptentur, *lib. 1. tit. 11. §. 11.*
Adoptionis ratio in patria poteſtate, *lib. 1. tit.12. §. 8.*
in Adoptione ſi ſe dederit emancipatus, quid juris ſucceſſionis ratione, *lib.3.tit.1.§.10.*
Adoptivorum agnatorum in ſuccedendo juris ratio, *lib. 3. tit. 2. §. 2.*
Adoptivorum filiorum & naturalium collatio, *lib. 3. tit. 1. §. 11.*
Adoptivorum inſtituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.2.tit.13.§.4.*
Adquirere quibus perſonis, vel per quas perſonas liceat, *lib.2.tit.9.*
Adquirendi modi per donationem, *lib.2.tit.7.*
ut Adquiſitio fiat per univerſitatem, *lib.2.tit.9. §. 6.*
de Adquiſitione per adrogationem, *lib.3.tit.11.*
de Adrogati liberis, *lib.1.tit.11.§.11.*
Adrogatione ut adquiratur, *lib.3 tit.11.*
de Adulteriis & eorum judicio, *lib. 4. tit.18.§.4.*
Ædificium ut ſolo cedat, *lib. 2.tit.1.§.29.& ſeq.*
de Ædilitia actione, vid. in voce *Actione.*
Æliæ Sentiæ legis capita, *lib. 1. tit. 6. in pr.* §. 1.
de Affinibus ratione nuptiarum, *lib. 1 tit 10.§ 6.*
Agere per quos liceat, *lib. 4. tit.10. in pr.*
Adgnati naturales qui, & eorum jus ſucceſſionis, *lib.3.tit.2.§.1.*
Adgnati qui, & quibus modis adgnatio vel cognatio finitur, *lib 1.tit.15.§.1.& 3.*
de Agnationis gradibus, *lib. 3. tit. 6. §. 8.*
Ut non ſolùm proximi, ſed etiam remoti ſuccedant, *lib 3.tit.2.§.5.*
de Agnationis jure ut hæreditates ſeu ſucceſſiones deferantur tam per maſculos, quàm per

Digitized by Google

fœminas, *lib.* 3. *tit.* 2. §. 3.
de Adgnatorum capite minutorum ſucceſſione, *lib.* 3. *tit.* 5. §. 1. aliorumque agnatorum & cognatorum, *ejud. tit.* §. 5.
de Adgnatorum tutela ab inteſtato, *lib.* 1. *tit.* 15. §. 2. & *tit.* 16. §. 6.
ad quos Adgnatos tutelæ pertineat, *lib.* 1. *tit.* 16. §. 7.
Alienare quibus liceat, vel non, *lib.* 2. *tit.* 8.
Alluvio fluminum vel maris, cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 20.
Alvei jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 23.
de Ambitu, & de ejus judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 11.
Animalium fœtus cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 19.
Animalium manſuefactorum domini jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 15. & 16.
de Annona & de ejus judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 11.
Anulorum uſus in teſtamentis ſignandis, *lib.* 2. *tit.* 10. §. 5.
Apum domini jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 14.
de Aquilia lege, *lib.* 4. *tit.* 3. vide & inf. in voce *Legis Aquiliæ.*
Aquiliæ legis & Capitalis actionis concurſus, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11.
de Aquiliæ legis actionibus. vid. ſup. *Actio.*
de Arbitrariis actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 31.
Armorum uſus, *in princ. proœm.*
ab Auguſta domo res vendita, donatione aut alio modo alienata, an uſucapi poſſit, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 9.

B

Bella imperatoris Juſtiniani, *in proœm.* §. 1.
Bona fide perſonis poſſeſſis ut obligatio acquiratur, *lib.* 3. *tit.* 24. §. 1.
de Bonæ fidei Actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 28.
de Bonorum ceſſione, *lib.* 4 *tit.* 6. §. *ult.*
Bona vacantia an uſucapi poſſint, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 4.
de Bonorum poſſeſſione contra tabulas & unde cognati, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 12. & 13.
de Bonorum poſſeſſionibus in genere, *lib.* 3. *tit.* 10. Harum ratio & effectus, *in pr. ejuſd tit.* Species ordinariæ & Jus vetus, §. 1. Jus novum, 2. Species extraordinariæ, 3. Petitio & tempus, 4. Jus adereſcendi & ſucceſſorium edictum, 5. Explicatio temporis, 6. & Quomodo peti debeant, *ejuſd. tit.* §. *ult.*

C

Cadentia in mare vel flumine rheda currente cujus juris, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 48.
Capitis deminutionis definitio & diviſio, & de ejuſdem ſpeciebus, *in princ.* & *lib.* 1. *tit.* 16. §. 1. 2. & 3.
Capitalis actionis & Aquiliæ legis concurſus, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 11.
Captivitatis & poſtliminii ratio in patria poteſtate, *lib.* 1. *tit.* 12. § 5.
Captorum ab hoſtibus dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 17.
Caſus ut & quatenus puniatur aut excuſetur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3.
Cauſæ falſæ error an uſucapionem pariat, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 6.
de Ceſſionis bonorum actione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. *ult.*
Clavium traditio cujus juris in dominio acquirendo, *lib.* 2. *tit.* 1 § 45.
Codicillorum origo, *lib.* 2. *tit.* 25. *in princ.* Cauſa efficiens, §. 1. Materia, §. 2. de numero teſtium & ſolemnitate codicillorum, *eod.* §. 3.
Codicis compoſitio, *in proœm.* §. 2.
Cœcus an teſtari poſſit, *lib.* 2. *tit.* 12. §. 4.
Cognationis ordinum & graduum collatio, *lib.* 3. *tit.* 7. §. 1.
Cognationis diviſio & gradus, *lib.* 3. *tit.* 6. *à princ. ad* §. 8.
de Cognatione ſervili, *lib.* 3. *tit.* 7. *in princ.*
de Cognatione ſervili in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 10.
de Cognatorum ſucceſſione, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 5. extra Commercium quæ eſſe dicantur, *lib.* 3. *tit.* 6. §. 1.
Commodata res ſi ſubripiatur, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 16.
de Commodati obligatione, *lib.* 3. *tit.* 15. §. 2.
Communis rei obligatio qualis, *lib.* 3. *tit.* 28. §. 3.
de Communi dividundo judicio & actione, *lib.* 4. *tit.* 17. §. 5.
de Compenſationum actionibus, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 30. & 39.
de Conditione impoſſibili adjecta inſtitutioni, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 10. Item de Conditionibus pluribus adjectis, *eod.* §. 11.
Conditiones ut infirment obligationes, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 6.
de Conductoris morte, *lib.* 3. *tit.* 25. §. *ult.*
Conductor quid præſtare debeat, *lib.* 3. *tit.* 25. §. 5.
de Conductione & Locatione, *lib.* 3. *tit.* 25. *paſſ.*
ex Conſenſu obligationes quæ, & quale earum jus, *lib.* 3. *tit.* 12.
de Conſobrinis & Comprivignis in nuptiis, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 4. & 8.
de Conſtitutione, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 6.
de Contrahentium morte, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 24.
de Conventione mercedis, *lib.* 3. *tit.* 25. *in princ.*
Creditori ſi pignus ſubripiatur, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 1. §. 14.
Creditor debitoris bona ut alienare poſſit, *lib.* 2. *tit.* 8. §. 1.
Culpa ut & quatenus puniatur aut excuſetur lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. 3. & 14.
Curator cavere nolens, quid juris, *lib.* 1. *tit.* 24. §. 1. An uxori ſuæ datus maritus ſe excuſare poſſit, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 19.
Curatores qui eſſe poſſint, item qui & à quibus dentur, *lib.* 1. *tit.* 23. *paſſ.* Qui ſatisdare non coguntur, & quatenus in iis qui ſatisdare non

cogun-

Digitized by Google

coguntur, ſatiſdatio locum habeat; itemque qui ex curationis adminiſtratione teneantur vel non, *lib.1.tit.24.paſſ.*

Curatores quibus modis conſtituantur, *lib.4.tit.10.§.2.*

de Curatorum propriis excuſationibus, *lib.1.tit.25.§.18.* De Curatore & Cura plura in vocib. *Tutor & Tutela.*

Curationem imperfectam relinquens medicus vel chirurgus, ut ob damnum teneatur, *lib.4.tit.3.§.5.*

D

Damnum occiſionis qua actione perſequi liceat, *lib.4.tit.3.§.11.* Vindicari, *§.13. eod.*

Damni actio ut etiam in hæredes tranſeat, *lib.4.tit.3.§.9.*

Æſtimatio qualis, *lib.4.tit.3.§ 9.10.& ſeq.ac §.15.* Injuriæ actio ut conſtituatur per legem Aquiliam, *lib.4.tit.3.in pr.* De damno quadrupedis, quæ pecudum numero eſt, *§.1. eod.*

de Damno Filiifamil. ſeorſum à patre habitantis, *lib.4.tit.5.§.2.*

de Damno aut Furto in navi, caupona, aut ſtabulo commiſſo, *lib.4.tit.5.§.ult.*

de Damno dejectorum ſeu effuſorum, *lib.4.tit.5.§.1.*

In Dejectis ſeu Effuſis quid juris obſervandum, *lib.4.tit.3.§.1.*

de Deliberandi jure, *lib.2.tit.19 §.5.*

Depoitationis ratio in patria poteſtate, *lib.1.tit.12.§.1.*

Depoſitum ſi ſubripiatur, quid juris, *lib.4.tit.1.§.17.*

de Depoſiti obligatione, *lib.3.tit.15.§.3.*

pro Derelicto rerum habitarum jus quale in dominio acquirendo, *lib.2.tit.1.§.47.*

Dignitatis ratio in patria poteſtate, *lib.1.tit.12.§.4.*

de Dignitatis mutatione ratione capitis deminutionis, *lib.1.tit.16.§.5.*

de Directæ actionis jure, ex lege Aquilia, *lib.4.tit.3.§.16.ſeu ult.*

Dolus, & quatenus puniatur lege Aquilia, *lib.4.tit.3.§.3 & 14.*

de Doli exceptione, *lib 4 tit.13.§.1.*

Dominii acquirendi juris ratio, *lib.2.tit.1.tot.*

adverſus Dominum ut actio detur ob ſervi negotium, *lib.4.tit.7.§.1.*

Donationis duo genera, mortis cauſa, & non mortis cauſa, quæ poſterior, aut ſimplex inter vivos vel propter nuptias, *lib.2.tit.7.§.1.2.& 3. in princ.*

de Dotis actione, & ut ob impenſas in res dotales à marito factas uxoris dos minuatur, *lib.4.tit.6.§.37.*

de Duplicationis jure, *lib.4.tit.14.§.1.*

E

in Effuſis ſeu dejectis quid juris, *lib.4.titul.5.§.1.*

Emancipare filios an patres cogantur, *lib.1.tit.12.§.10.*

Emancipationis ratio in patria poteſtate, *lib.1.tit.12.§.6.*

Emancipatione liberorum ut parentibus acquiratur, *lib.2.tit.9.§.2.*

Emancipatus ſi ſe dederit in adoptione, quid juris ſucceſſionis ratione, *lib.2.tit.1.§.10.*

poſt Emancipatum filium vel in adoptionem datum nepotis nati ratio in patria poteſtate, *lib.1.tit.12.§.9.*

Emancipatorum inſtituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.2.tit.13.§.3.*

Emancipatorum liberorum juris ſuccedendi ratio, *lib.2.tit.1.§.19.*

de Emancipatis ratione tutelæ, *lib.1.tit.13.§.5.*

de Emphyteuſi, *lib.3.tit.25 §.3.*

de Emptione & venditione, *lib.3.tit.34.* ac quidem de Emptione conditionali, *§.4.* Pura, *in pr.* Rei quæ non eſt in commercio, *ejuſd.tit.§.ult.* Differentia Emptionis & Permutationis, *ejuſd.tit.§.2.* de Pretii conventione, arrhis & ſcriptura, *in pr.* Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collocato, *§.1.* & in quibus conſiſtat pretium, *ejuſd. tit. §.2.*

Emptionis & Locationis collatio, *lib.3.tit.25.in princ.*

quæ Exceptiones proſint, vel non proſint fidejuſſoribus, *lib.4.tit.14.§.14.*

de Exceptionibus, ac quidem earum ratio, *lib.4.tit.13.in pr.* Exempla: veluti, Quod metus cauſa, de dolo, & in factum, *§.1.* de Pecunia non numerata, *2.* de Pacto, *3.* de Jurejurando, *4.* Re judicata, *5.* & Cæteris except. *6.* ac quoque earumdem Diviſiones, *7.& 8.* item de Exceptionibus Dilatoriis, *10.* Dilatoriis ex perſona, *11.ſeu ult.* & de Peremptoriis, *eod.tit §.9.* Plura de Exceptionibus, vid. & *ejuſd.lib.4.tit.14.§.3.*

de ad Exhibendum actione ſeu judicio, *lib.4.tit.13.§.3.*

F

de in Factum actione ex jurejurando, *lib.4.tit.6.§.11.*

in Factum Actionis jus ex lege Aquilia, *lib.4.tit.3.§.ult.*

de in Factum exceptione, *lib.4.tit.13.§ ult.*

Falcidiæ legis ſcopus, nexus & ratio, *lib.2.tit.10. in princ.* de Hæredibus pluribus inſtitutis, *§ 1.* Quo tempore ſpectetur quantitas patrimonii, ad quam ratio hujus legis redigitur, *2.* & Quæ ante Falcidiam detrahantur, *§.3.ſeu ult.*

Falſæ cauſæ error an uſucapionem pariat. Vide *Cauſa.*

de Falſis & de eorum judicio, *lib.4.tit.18.§.7.*

Ferarum jus quale dominii captandi ratione, *lib.2.tit.1.§.12.& 13.*

Fide bona poſſeſſis perſonis, ut obligatio nobis acquiratur, *lib.3.tit.29.§.1.*

Digitized by Google

de Fideicommiſſariis hæreditatibus, *lib.2.tit.23.*
de Fideicommiſſi probatione, *lib. 2.tit.23.*§.12.
de Fideicommiſſo hæredis ſcripti, *lib.2.tit.23.*§.2. hæredis ab inteſtato, §. 10. relicto à fideicommiſſatio, §. 11. *eod.*
Fideicommiſſorum & Legatorum collatio, *lib. 2. tit. 20.* §. 3.
de Fideicommiſſorum verbis, *lib.2.tit.24.*§.3.
per Fideicommiſſum quæ relinqui poſſint. *lib. 2. tit. 24. in pr.* §. 1. & 2.
Fidejuſſores cur accipiantur, *lib.3.tit.21.in pr.* in quibus obligationibus, §. 1. ut hæredes relinquant obligatos. 2. Si Fidejuſſor præcedat vel ſequatur obligationem, quid juris. 3. de pluribus fidejuſſoribus. 4. In quam ſummam obligatus ſit fidejuſſor. 5. de Fidejuſſoris actione adverſus reum. 6. ſi Fidejuſſor Græcè accipiatur, quid juris. 7. Quid item ſi ſcriptum ſit aliquem fidejuſſiſſe, §. *ult. eod.*
de Fidejuſſorum exceptionibus, *lib.4.tit.14* §.4.
Filiusfam. an teſtari poſſit, *lib. 2. tit. 12. in pr.*
ob Filiifamil. dominium ut non teneatur pater, *lib. 4. tit. 5.* §. 2.
ob Filiifamil. negotium geſtum ut teneatur pater, *lib. 4. tit. 7.* §. 6.
Filii ab hoſtibus reverſi poſt mortem patris ſuccedendi ratio, *lib. 3. tit. 1.* § 4.
Filii ſororum ut agnationis jure ſuccedant, *lib. 3. tit. 2.* §. 4.
Filiorum naturalium & adoptivorum collatio ſucceſſionis ratione, *lib. 3. tit. 1.* §. 11.
de Finium regundorum actione ſeu judicio, *lib.4. tit. 17.* §. 6.
Fiſcalis res an uſucapi poſſit, *lib.2.tit.6.*§.4.
à Fiſco res aliena empta, donata, aliove modo tradita, ut uſucapiatur, *lib. 2. tit.6.*§.9.
ad Flumen pertinentia cujus juris, *lib 2.tit.1.*§ 10.
Fluminis vis, cujus juris, *lib.2.tit.1.*§.21.
Flumina juris publici, *lib. 2. tit.1.*§.2.
Fœminæ ut adoptare nequeant, *lib.1 tit.11.*§.19.
ſi Forma alicui detur facienda, an dicatur Emptio ſeu Conductio contracta. *lib. 3. tit. 25.* §. 4.
Fructuum perceptio cujus juris. *lib. 2. tit.1.*§. 38.
Furioſus an teſtari poſſit, *lib. 2. tit. 1.*§.1.
Furti definitio, *lib.4 tit.1.*§.1. Etymologia, §.2. Diviſio ſeu Genera: ut puta Furtum Manifeſtum, nec Manifeſtum, Conceptum, Oblatum, Prohibitum, & non exhibitum: de quibus, §. 3. & 4. Furti pœna. 5. ejus Forma, ſeu ut ipſum fiat, 6. & 8. de Furandi affectu, 7. Quarum rerum furtum fiat, 9. An de liberis hominibus, *ibid.* De Re propria, 10. Furti qui teneantur, 11. de Furantis ope & conſilio, *ibid.* Furtum an committant in poteſtate exiſtentes, vel ope & conſilio alterius utentes, §. 12. Furti actio quibus detur, 13. de Furto commiſſo in pignore penes creditorem, 14. penes fullonem, farcinatorem vel bonæ fidei emptorem ſeu poſſeſſorem, 15. Commiſſo in Commodato, 16. in Depoſito, 17. Furti an impubes teneatur, 18. in Furti actionem quid veniat, § .19 de ejuſdem actionibus affinibus, §. *ult.*
Fortivæ res aut vi poſſeſſæ an uſucapi poſſint, *lib. 2. tit. 6.* §. 2. & 3.
de Furto in caupona, navi aut ſtabulo facto, *lib. 4. tit. 1.* §. *ult.*

G

GAllinarum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1.* §. 16.
Gradus inſtitutionis & ſubſtitutionis ut plures, *lib. 2. tit. 15.* §. 1. *in pr.*

H

HAbitationis jus quale, *lib.2.tit.5.*§.5.
ſi Hæres ſervus inſtitutus in eadem cauſa manſerit vel non, quid juris, *lib. 2.tit.14.*§.1.
Hæredis inſtituendi modi, *lib 2.tit.14.*§.9.
Hærede inſtituto ſervo plurium quid juris, *lib. 2. tit 14.* §. 3.
Hæredes inſtitui qui poſſint, *lib.2.tit.14.in princ.* de Hæredum numero, §.4. de ſingulorum portionibus, §. 6. *eod.*
An inſtitui poſſint quos numquam teſtator vidit, *lib. 1. tit 14* §. *ult.*
in Hæredes vel ad Hæredes ut tranſeant actiones, *lib. 4. tit. 12.* §. 1.
Hæredum legitimorum Primus ordo, *lib 3.tit.1.* §.1. Secundus, *lib.2.in pr.* Tertius, *lib.3.tit. 5. ejuſd.*
Hæredum gradus ut plures conſtitui poſſint tam in inſtitutione quàm ſubſtitutione: & de numero Hæredum in ſingulis gradibus, *lib.2.tit 15. in princ.* §. 1.
de Hæredum qualitate & differentia, *lib.2 tit.19.* ac quidem Hæredum diviſio quæ, *in pr. d. tit.*
de Hæredibus extraneis, & qui, *lib. 2. tit.19.*§ 3.
de Hæredibus neceſſariis, §.1. & de Suis, §. 2. *eod.*
Hæreditarii ſervi jus, *lib. 2. tit.14.*§.2.
Hæreditatis aditionis obligatio qualis, *lib. 3. tit. 28.* §. 5.
Hæreditatis aſſem ſi non diviſerit teſtator, aut partes in quorumdam perſona non ultra aſſem expreſſerit, quid juris, *lib 2 tit.13.*§.6. Quid item ſi pars vacet aut deſit, §.7. Si plures unciæ quàm duodecim diſtributæ ſint, *eod.* §. 8.
de Hæreditatis diviſione, *lib. 2 tit. 14.* §.1.
Hæreditatis communis obligatio qualis, *lib.3.tit. 28.* §. 4.
de Hæreditatis reſtitutionis effectu, *lib.2 t.23.*§.3.
de Hæreditate acquirenda vel amittenda, *lib. 2. tit. 19* §. 6.
de Hæreditatibus ab inteſtato, *lib. 3. tit. 1.*
Hæredes Sui, qui, *lib. 3. tit. 1.* §. 2.
de Hæreditatibus Fideicommiſſariis, *lib.2.tit.23.*
Homicidii quæ vindicatio ſeu perſequutio ex lege Aquilia, *lib. 4. tit. 3. paſſ.*
de Homicidiis, ac quidem de eorum judicio, *lib.4. tit 18* §. 5.
apud Hoſtes teſtamentum an facere liceat, *lib. 2. tit. 12.* §. 5.
de Hypothecaria actione, *lib. 4. tit. 6.*§.7.

Jacta

Digitized by Google

I

JActa in mare ſeu flumine navis levandæ cauſa cujus juris, *lib.2.tit.1.§.48.*

Jaculis lædens, vulnerans, vel occidens, ut teneatur vel non teneatur, *lib.4.tit.3.§.4.*

Ignominioſi ut fiant litigantes ex judiciis quibuſdam, *lib.4.tit.16.§.2.*

Imperitia ut culpæ annumeretur damni ratione, *lib.4.tit.3.§.7.*

Impubes an teſtari poſſit, *lib.2.tit.12.§.1.*

de Indebito ſoluto, *lib.3.tit.15.§.1.* & *lib.3.tit.28.§.6.*

Infamia ut temere litigantibus irrogetur, *lib.4.tit.16.§.2.*

Infirmitas ut culpæ annumeretur damni contingentis ratione, *lib 4.tit.3.§.8.*

Ingenui definitio, *lib.1.tit.4.in pr.*

Injuria occidere ut quis dicatur, & ut occidens teneatur, *lib.4.tit.3.§.2.*

de Injuriis, ac quidem quot modis accipiatur injuria, *lib.4.tit.4.in pr.* Quibus modis fiat, §. 1. Quis & per quos patiatur, 2. de injuria parentum & liberorum, Viri & Uxoris, Soceri & Nurus, §.2. Servi, 3. Servi communis, 4. Servi fructuarii, 5. Servientis bona fide, 6. de Injuriarum pœna ex lege XII. tabul. & jure Prætorio, 7. ex lege Cornelia, 8. de Injuriæ atrocis æſtimatione, 9. de ejus judicio atroci & criminali, 10. Injuriarum qui teneantur, 11. Harum actio ut tollatur, §. *ult eod.*

Inſularum dominii jus quale, *lib. 2.tit.1.§.21.*

Inſtitutionum compoſitionis tempus, auctores, finis, & utilitas, §. 3. *in proœm.* Earum diviſio, §. 4. Quid in iis contineatur, 5. Ex quibus libris compoſitæ, earumque recognitio & confirmatio, 6. *eod.*

de Interdictorum jure, ac quidem eorum Definitio, *lib.4.tit 15.in pr.* Diviſiones, §.1.2. & 7. de Interdictis adipiſcendæ & retinendæ poſſeſſionis, 3. 4. 5. & 6. item de eorumdem ordine, ac vetere exitu ſeu ritu, §. *ult. eod.*

Inteſtati definitio, *lib.3.tit.1.in pr.* & de Hæreditatibus ab inteſtato delatis, vid. *paſſ. tot. d. tit.*

de Inventarii jure ſeu beneficio, *lib. 2.tit.19.§. 5.*

Inundatio cujus juris, *lib. 2.tit.1.§.24*

de in Jus vocando, *lib.4.tit.16.§.3. ſeu ult.*

de In rem verſo, *lib 4.tit.7.§.4.*

ſi Judex litem ſuam fecerit, quid juris, *lib.4.tit.5. in princ.*

de Judicis officio, *lib.4.tit.17.paſſ.* ac quidem in genere, *in pr.* De ejus poteſtate in judicio bonæ fidei, *lib. 4 tit.6.§.30.*

Judicia ut abſolutoria, *lib 4.tit.12.in fin.*

de Judiciis publicis: ac quidem eorum Differentiæ à privatis, *lib.4 tit.18.in pr* Etymologia, §. 1 Diviſio, 2. Exempla veluti de Majeſtate læſa, 3. Adulteriis, 4 Sicariis ſeu Homicidis, 5. Parricidiis, 6. Falſis, 7. de Vi, 8. Peculatu, 9. Plagiariis, 10. Ambitu, Repetundis, Annona, & Reſiduis, §. 11.

de Judicio noxali, *lib. 4. tit. 17.§.1.*

de Judicatæ rei exceptione, *lib.4.tit.13.§.5.*

Juris adcreſcendi ratio, *lib.2.tit.7.§.4.*

Juris Diviſio in Mutabile & Immutabile, *lib.1. tit. 2.§. 11.* in Scriptum & Non ſcriptum, & Juris ſcripti ſubdiviſio, *lib.1.tit.2.§.3.* & 10.

Juris methodus & præcepta, *lib.1.tit.1.§.2.* & 3.

ad Juris ſtudium adhortatio, §. 7. *in proœm.*

de Juris objectis, *lib.1.tit.2.§.12.*

Juris Gentium, & Civilis diſtinctio à Definitione & Etymologia, *lib.1.tit.2.§.1.* ab appellatione, & effectibus, §. 2. *eod.tit.*

de Jure Civium Romanorum in ſervos, *lib.1. tit. 8.§.2.*

de Jure Gentium in ſervos: & ut eo jure ſervitutes introductæ, *lib.1.tit.8.§.1.*

de Jure Honorario, *lib.2.tit.2.§.7.* Naturali, *lib.1. tit.2.in princ.* Non ſcripto, *d.lib.1.tit.2.§.9.* Publico & privato, *lib.1.tit.1.§.4.*

de Jurisjurandi exceptione, *lib.4.tit.11.§.4.*

Jurisjurandi uſus penes litigantes, *lib.4.tit.16.§.1.*

Juriſprudentiæ definitio, *lib.1.tit.1.§.1.*

Juſtitiæ definitio, *lib.1.tit.1.in pr.*

Juſtiniani addita conſtitutio, qua ſupplentur caſus reſcripto Divi Marci de ſucceſſione libertatis cauſa, *lib.3.tit.12.§.1.*

Juſtiniani leges & bella, §. 1. *in proœm.*

L

LEgandi modus & ratio, *lib. 2. tit. 20. §. 34.*

Legatarius ſi proprietatem fundi alieni ſibi legati emerit, & uſusfructus ad eum pervenerit, quid juris, *lib.2.tit.20.§.9.*

de Legatarii re, *lib.2.tit.20 §.10.*

Legatum factum ſervo hæredis an utile, *lib.2.tit. 20.§.32.* item & hæredis domino, §.33. *eod.*

Legatum ſi pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur, quid juris, *lib.2.tit.20.§. ult.* & *paſſ. tit. 21.*

Legatorum & Fideicommiſſorum collatio, *lib. 2. tit. 20 §. 3.*

de Legatis, *lib.2.tit.20.* ac quidem Legati definitio, § 1. de Legatorum antiquis generibus ſublatis, 2. Legata re, ut puta Teſtatoris, Hæredis, aliena & cujus non eſt commercium, 4. item de legata re pignerata, 5. de aliena re poſt teſtamentum à Legatario acquiſita, 6. Eadem re duobus legata, 8. Re Legatarii, 10. Alienatione vel oppigneratione rei legatæ, 12. Liberatione legata, 13. Debito legato creditori, 14. Dote uxori legata, 15. Interitu & mutatione rei legatæ, 16. Interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis, 17. Grege legato, 18. Ædibus legatis, 19. Peculio legato, 20. Rebus corporalibus & incorporalibus legatis, 21. Legato generali, 22. Optione legata, 23. Legato relicto incertis perſonis tam ex jure veteri quàm novo: & quid juris in relicto poſthumo alieno, 25, 26, 27, & 28. Errore in nomine legatarii, 29. Falſa demonſtratione legatæ rei, 30. Falſa cauſa adjecta legato, 31. Ordine ſcripturę in legato, 34. Legato poſt mortem hæredis vel legatarii, §. 35 *eod. tit. de legat.*

de Legatis rebus, quæ non ſunt in rerum natura, *lib. 2. tit. 20. §. 7.*

Legari quibus poſſit, *lib. 2. tit. 20. §* 24.

ſi Legaverit quis rem ſuam quaſi non ſuam, quid Juris, *lib. 2 tit. 20. §.* 11.

ex lege Cornelia, quæ Injuriarum pœna, *lib. 4. tit. 4. §* 8.

de Lege duodecim Tabul. & jure prætorio ratione ſucceſſionum, *in princ. lib 3. tit. 3. & in princ. lib. ejuſd. tit.* 8.

ex Lege duodecim Tabul. & jure Prætorio, quæ Injuriarum pœna, *lib. 4. tit. 4. §. 7.* Quæ actio detur, ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicatur, *in pr. lib. 4. tit. 9.*

Ex Lege Papia quale jus ſucceſſionis, *lib. 3. tit. 8.* §. 2.

de Lege & Plebiſcito, *lib. 1. tit. 2. §. 4.*

Legis Aquiliæ ſumma, *in princ. lib. 4. tit. 3.* Primum caput cavens De Homicidio & occiſione, *ibid.* Secundum ut in deſuetudinem abierit, §. 12. verùm Cujac. exiſtimat fuiſſe cavens De quavis alia ratione damni dati, quàm aliis capitibus traditur: etiam ſi non fuerit læſa res noſtra, ſed intercepta nobis forte utilitas quædam, ut exemplo eſſe poterit Actio illa adverſus piſcatorem ſocium agitata, cujus meminit Plin. *lib. 9. cap. 59.* Tertium verò caput, adhuc in uſu, cæterarum rerum eſt præter hominis & pecudis occiſionem, cavens De vulneratione, aut occiſione aliorum animalium, quomodo ſcil. id genus damna vindicentur, §. 13. *eod.*

Legis Juliæ & Titiæ ratio Tutelæ, *lib. 1. tit.* 20. §. 3.

de Lege Fuſia Caninia, *lib. 1. tit. 7.*

Legum uſus, *In princ. proœm.*

Leges Juſtiniani, §. 1. *ibid.*

de Legitimatione liberorum, *lib. 1. tit.* 10. §. 13.

Liberi ut in poteſtate parentum, *in princ. lib. 1. tit. 9.*

Liberorum appellatione qui contineantur, ac quidem Tutelæ ratione, *lib. 1. tit. 14. §. 5.*

Liberorum inſtituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *paſſ. lib. 2. tit. 13.*

per Liberos homines ut adquiratur, *lib. 2. tit. 9.* §. 5.

de Liberis & parentibus in nuptiis, *lib. 1. tit.* 10. §. 1.

de Liberis in poteſtate ratione tutelæ, *lib. 1. tit.* 13. §. 3. Liberis in poteſtate ut adquiratur, *lib. 2. tit. 9.* §. 1.

Libertas ut fideicommiſſo relinqui poſſit, *lib. 2. tit.* 23. §. 2.

Libertatis definitio, *lib. 1. tit. 3.* §. 1. Libertatis cauſa ut bona addicantur, *lib. 3. tit.* 12.

de Libertate in Teſtamento vel codicillis relicta, *lib. 3. tit.* 12. §. 3.

Libertates ſi datæ non ſint, quid juris: & de Divi Marci reſcripto de ſucceſſione, *lib. 3. tit.* 22. §. 6.

ertinorum definitio, origo, & de differentia eorum, *in princ. & lib. 1. tit. 5.* §. 3.

de Libertorum ſucceſſione, *lib. 3. tit. 8. paſſ.* & Adſignatione, *lib. 3. tit. 9.*

de Litterarum obligationibus, *lib. 3. tit.* 22. de Litterarum imperitia, *lib. 1. tit.* 25. §. 8.

de Litigantium temere pœnis, *lib. 4. tit.* 16. *paſſ.*

Littoris definitio, *lib. 2. tit. 1.* §. 3.

in Littore res inventæ cujus juris, *lib. 2. tit. 1.* §. 18.

Littora ut juris communis, *lib. 2. tit. 1.* §. 2.

de Locatione & Conductione, *lib. 3. tit. 25.*

Locationis & Emptionis collatio, *in princ. lib. 3. tit. 25.*

M

de MAcedoniano Senatuſconſulto, *lib. 4. tit.* 7. §. 7.

de læſæ Majeſtatis judicio, *lib. 4. tit.* 18. §. 3.

Mancipii definitio, *lib. 1. tit. 3.* §. 3.

Mandati diviſio à fine, *in pr. l. 3. tit.* 17. ſi Mandantis gratia mandetur, quid juris, §. 1. ſi Mandantis & mandatarii, 2. ſi aliena, 3. ſi Mandantis & aliena, 4. ſi Mandatarii & aliena, 5. ſi Mandatarii, 6. De Mandato contra bonos mores, 7. de Mandati executione, 8. Quibus modis Mandatum ſolvatur, 9. de Mandati revocatione, *dict.* §. 9. ſi Mandato integro mors alterutrius interveniat, quid juris, 10. de Mandati renuntiatione, 11. Mandati & Locationis collatio: & ut in diem differri, & ſub conditione fieri poſſit Mandatum, 12. & 13.

Manumiſſionis definitio & origo, *in princ. lib. 1. tit. 5.*

de Manumiſſione facti, *lib. 1. tit. 4.* §. 1. de Manumiſſione, ratione capitis diminutionis, *lib. 1. tit. 16.* §. 4.

Manumittere in fraudem creditorum quid, *lib. 1. tit. 6.* §. 3.

Manumittendi quæ juſtæ cauſæ, & de veteris modi abrogatione, *lib. 1. tit. 6.* §. 5. & 7. Manumittendi ſervi teſtamento ratio ex lege Fuſia Caniniæ, *lib. 1. tit. 7.*

de Manumittente in fraudem creditorum regula, *in pr. lib. 1. tit. 6.*

Manumitti quibus modis, ubi & quando poſſit, *lib. 1. tit. 3.* §. 1. & 2.

Divi Marci reſcriptum De addictione bonorum libertatis cauſa, ejuſdem utilitas, & in quibus caſibus locum habeat, *à princ. lib. 3. tit.* 12. *ad* §. 4. item Juſtiniani additio ad ipſum reſcriptum, §. *ult. eod. tit.*

in Mare jacta navis levandæ cauſa, cujus juris, *lib. 2. tit. 1.* §. 48. ad Mare pertinentia, cujus juris, *lib. 2. tit. 1.* §. 20.

Maritus an uxori ſuæ curator datus, ſe excuſare poſſit, *lib. 1. tit. 25.* §. 19. Maritus uxoris bona an alienare poſſit, *in pr. lib. 2. tit. 8.*

de Ma-

de Mariti & uxoris injuria, *lib. 4. tit. 4 §. 2.*
Mater ut ad bona vulgo quæſitorum ſuccedat, *lib. 3. tit. 3. §. ult.*
Materia ut ſolo cedat, *lib. 2. tit. 1. § 29. & 30.*
Matetiarum confuſarum ſeu immixtarum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 27. & 28.*
de Memoria patris damnata ob crimen perduellionis, *lib. 3. tit. 1. §. 5.*
de Mercedis conventione in locatione, ac de Mercede collata in arbitrium alienum, *in pr. & lib. 3. tit. 25. §. 1.*
de Quod metus cauſa exceptione, *lib. 4. tit. 13. §. 1.*
Miſſilium jus quale in dominio acquirendo, *lib. 2. tit. 1. §. 46.*
Mortis ſeu morientium ratio in patria poteſtate, *lib. 1. tit. 12. in pr.*
Morte conductotis interveniente, quid juris, *lib. 3. tit. 25. §. ult.* Morte contrahentium interveniente, quid juris, *lib. 3. tit. 20. § 24.*
de Mutui obligatione, *lib. 3. tit. 15. in pr.*
Mutus an teſtari poſſit, *lib. 2. tit. 12. §. 3.*

N

ob NEgotium geſtum cum eo qui in alterius eſt poteſtate, quæ detur actio, *lib. 4. tit. 7. paſſ.*
Negotiorum geſtionis obligatio qualis, *lib. 3 tit. 28. §. 1.*
Nepotis nati poſt mortem avi, ſuccedendi ratio, *lib. 3. tit. 1. §. 8.*
Noxa & Noxia quid, & quæ, qualeſve noxales actiones, *in pr. & lib. 4. tit. 8. §. 11.* Harum item actionum ratio, §. 2. Origo, §. 4. Qui noxali actione conveniantur, 5. Noxæ deditionis effectus, 3. Noxiam ſi commiſerit ſervus domino, vel è contra, 6. & an filius vel filiafamil. noxæ dedantur, §. *ult.* ubi oſtenditur Noxales hujuſmodi actiones in ſervos tantummodo proponendas.
de Noxali judicio, *lib. 4. tit. 17. §. 1.*
Nuptiarum definitio, *lib. 1. tit. 9. §. 1.* Nuptiarum injuſtarum pœnæ, *lib. 1. tit. 10. §. 12.* Nuptias qui contrahere poſſint, *lib. 1. d. tit. 10. in pr.* Inter quas perſonas prohibitæ vel permiſſæ, *eod. tit. & §. 1. 2. 3. 4. & ſeq.*

O

OBligatio per quas perſonas nobis acquiratur, *lib. 3. tit. 29.* Ut in poteſtate exiſtentibus, *in princ.* Bona fide poſſeſſis, §. 1. Servo fructuario, vel uſuario, §. 2. & Servo communi, §. 3.
Obligatio quibus modis re contrahitur, *lib. 3. tit. 15.* Ut tollatur acceptilatione, *lib. 1. tit. 30. §. 1.* Aquiliana ſtipulatione, & acceptilatione, §. 2. Contrario conſenſu, §. 4. Novatione, §. 3. & ſolutione, *d. tit. in pr.*
Obligationes ut infirment conditiones adjectæ, *lib. 3. tit. 16. §. 6.*
de Obligationum effectu, quibus duo rei conſtituuntur, *lib. 3. tit. 17. §. 1.*
de Obligationibus ex conſenſu, *lib. 3. tit. 23.* ex delicto naſcentibus, *lib. 4. tit. 1. paſſ.* Earum diviſio, *in princ. eod.* ex Quaſi contractu naſcentibus, *lib. 3. tit. 28.* vi Negotiorum geſtorum. §. 1. Tutelæ, 2. Communionis rei, 3. Communionis hæreditatis, 4. Aditionis hæreditatis, 5. & Solutionis, indebiti, 6. itemque Ex quaſi delicto naſcentibus, *lib. 4. tit. 5. paſſ.*
de Obligationibus in genere, *lib. 3. tit. 14.*
de Obligationibus Literarum, *lib. 3. tit. 22.* Verborum, *lib. 3. tit. 16.*
Occidens ſeu Vulnerans ut quis teneatur, vel non teneatur, *lib. 4. tit. 3. §. 3. & paſſ.*
Occiſionis damnum ut perſequi liceat, & qua actione, *lib. 4. tit. 3. §. 11.* Occiſionis injurioſæ actione ut agatur: ſeu occidens injuria, ut quis teneatur, *lib. 4. tit. 3. §. 2.*

P

de PActi exceptione, *lib. 4. tit. 13. §. 3.*
Pandectarum compoſitio, §. 2. *in proœm.*
adverſus Parentem qua actione uti liceat, *lib. 4. tit. 6. §. 38.*
Parentes an cogantur filios ſuos de poteſtate dimittere, ſeu emancipare, *lib. 1. tit. 12. §. 10.*
de Parentum & liberorum injuria, *lib. 4. tit. 4. §. 2.*
de Parentibus & liberis ratione nuptiarum, *lib. 1. tit. 10. §. 1.*
de Parricidiis, & eorum judicio, *lib. 4. titul. 18. §. 6.*
de Patre ratione tutelæ, *lib. 1. tit. 14. in princ.*
Patriæ poteſtatis diverſa ratio & jus, *lib. 1. tot. tit. 12.*
de Patris memoria damnata ob crimen perduellionis, *lib. 3. tit. 1. §. 3.*
adverſus Patronum ut agere liceat, *lib. 4. tit. 6. § 38.*
de Pauliana actione, *lib. 4. tit. 6. §. 6.*
de Pauperiei actione, *lib. 4. tit. 9. §. 1.*
de Peculatu, & ejus judicio, *lib. 4. tit. 18. §. 9.*
de Peculii actione, *lib. 4. tit. 6. §. 10. & 36.* de Peculio & In rem verſo, *lib. 4. tit. 7. §. 4.*
de Pecunia conſtituta, *lib. 4. tit. 6. §. 9.* de Pecuniæ non numeratæ exceptione, *lib. 4. tit. 3. §. 2.*
Pecuniaria pœna ut litigantibus temere imponatur, *lib. 4. tit. 16. §. 1.*
Permutationis & Emptionis differentia, *lib. 3. tit. 24. §. 2.*
Perſonarum Diviſio, *lib. 1. tit. 3. in princ.* Subdiviſio, *eod. tit. §. 5.* Item Diviſio alia, *lib. 1. tit. 8. in pr.*

Perſonis bona fide poſſeſſis ut obligatio nobis acquiratur, *lib.3.tit.29.§.1.*
de Perſonis ſui juris ratione tutelæ, *lib.1. tit. 13. in princ.*
de Petitione incertæ quantitatis, Pluris petitione, & de Minoris ſummæ petitione, *lib. 4.tit. 6. §. 32. 33. & 34.*
ſi Petatur aliud pro alio, quid juris, *lib. 4. §. 35. 36.*
Picturæ dominii jus quale, *lib.2.tit.1.§.34.*
Pignus ſi ſubripiatur creditori, quid juris, *lib.3. tit. 1. §. 14.*
de Pignoris obligatione, *lib.3.tit.13.§.4.*
de Plagiariis, & eorum judicio, *lib. 4. tit. 18. §. 20.*
Plantationis dominii jus quale, *lib. 2. tit. 3. §. 31.*
de Plebiſcito, *vide* Lege.
de Pœna adjecta ſtipulationi Alii dari, *lib. 3. tit. 20.§. 18.* & de Adjecta promiſſioni facti alieni, *eod. tit. §. 20.*
de Pœnæ & rei perſecutoriis actionibus: item & de mixtis, *lib. 4. tit. 6. §. 17. 18. 19. & 20.*
de Pœnis temere litigantium, *lib. 4. tit. 16. paſſ.*
de Pœnalibus actionibus, *lib. 4.tit.6.§.12.*
Portus juris publici, *lib.2.tit.1.§.2.*
in Poſitis damnoſis quid juris, *lib. 4. tit. 5. §. 1.*
Poſſeſſionis acceſſio an uſucapionem pariat, *lib.2. tit. 6. §. 7.* de Poſſeſſionis adipiſcendæ & retinendæ interdictis, eorumque adfinibus remediis, *lib.4.tit.15.§.3.4.5.& 6.*
de Poſſeſſionibus bonorum, *lib.3.tit.10.*
Poſthumorum vel quaſi poſthumorum inſtituendorum vel exhæredandorum juris ratio, *lib.2. tit.13.§.1.*
de Poſthumis ratione tutelæ, *lib.1.tit.13.§. 4.*
Poſtliminii & captivitatis ratio in patria poteſtate, *lib.1.tit.12.§.5.*
in Poteſtate exiſtentibus ut obligatio acquiratur, *lib. 3. tit. 29. in princ.*
in Poteſtate qui habeant, & qui ſint, *lib.1.tit.9. §. 2. & 3.*
de Præjudiciorum actionibus, *lib. 4. tit.6. §.13.*
Pretium venditionis in quibus conſiſtat, *lib.3.tit. 24.§.2.* de Pretii conventione, arrhis, & ſcriptura, *d.tit.in princ.* & de Pretio certo vel incerto, vel in arbitrium alienum collato, *§. 1.eod.*
Procurator quibus modis conſtituatur, *lib. 4. tit. 10.§.1.* Ut & quando pro partibus actore ſcilicet ſive reo ſatisdare compellatur, *lib.4. tit. 11. §. 3. & ſeqq.*
Prodigo an teſtari liceat, *lib. 2. tit. 12. §. 2.*
de Promiſſione in Inſtrumento ſcripta, *lib.3. tit. 20. §. 16.*
Proximitas in ſuccedendo quo tempore ſpectetur, *lib.3.tit.2.§.6.*
de Prudentum reſponſis, *lib. 1. tit.2.§.8.*
de Publiciana actione, *lib.4.tit.6.§.4.*
Pupillus ut bona ſua alienare non poſſit ſine tutoris authoritate, *lib.1.tit.8.§.2.*
Pupillaris ſubſtitutionis juris ratio, *lib.2. tit.16. paſſ.*

Q

Quadrupedis occiſio vel damnum ut vindicetur, *lib.4.tit.3.§.1.& 13. & ſeq.*
de Quadrupedis pauperiei actione, *lib. 4. tit. 9. §. 1.*
de Quarta relinquenda hæredibus, *lib. 2. tit. 18. §. ult.*

R

de Raptorum vi bonorum, *lib.4.tit.2.*
de Realibus actionibus, *vid.* Actionibus.
Relegationis ratio in patria poteſtate, *lib.1.tit.12. §. 2.*
de Repetundis, & eorum judicio, *lib. 4.tit.18. §. 11.*
de Replicationis jure, *lib. 4. tit.14.in princ.*
Res Corporales & Incorporales quæ, *lib.2.tit.2.*
Res fiſcales an uſucapi poſſint, *vid. ſup.* Fiſcales.
Res furtivæ aut vi poſſeſſæ an uſucapi poſſint, *lib.2.tit.6. §. 2.*
Res naturali jure communes hæ: aer, aqua profluens, mare, littora, & ædificia in littore poſita, *lib.2.tit.1.§.1.*
Res publicæ hæ: flumina & portus, *lib. 2. tit. 1. §. 2.*
Res ſua an condici poſſit, *lib.4.tit.6.§.14.*
Res univerſitatis, nullius, ſacræ, ſanctæ, religioſæ, & ſingulorum, quæ, *lib.2.tit.1.§.6.7. 8. 9. 10. & 11.*
de Rei & pœnæ, item & de mixtis perſecutoriis actionibus, *lib. 4. tit. 6. §. 17. 18. 19. & 20.*
de Rei uxoriæ actione in ex ſtipulatu actionem transfuſa, *lib.4.tit.6.§.29.*
Rei duo ſtipulandi & promittendi, quibus modis fieri poſſint, *lib 3.tit.17.in princ.* & Ut alius pure, alius in diem vel ſub conditione obligetur, *§ ult. eod.*
de Rei judicatæ exceptione, *lib.4 tit.13.§.5.*
Rerum diviſio duplex, *lib. 2.tit.1.in princ.*
de Reſciſſoria actione, *lib 4.tit.6.§.5.*
Reſcriptum divi Marci de ſucceſſione libertatis cauſa, *vid. ſup. in voce* Marci.
Riparum uſus & proprietas ut juris publici, *lib. 2. tit. 1. §. 4.*
Ruptum quid, & de ejus actione, *lib. 4.tit.3. § 13.*
de Reſtitutione in integrum, penes conſtitutionem Divi Marci de ſucceſſione bonorum libertatis cauſa, *lib. 3. tit. 12. §. 3.*

Sa- ...

Digitized by Google

S

SAtionis dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 32.
de Satiſdatione Tutorum vel Curatorum, *lib.* 1. *tit.* 24. *paſſ.*
Satiſdationum Jus antiquum, ac quidem de Judicio Reali, & Perſonali, *lib.* 4. *tit.* 11. §. 1. *in princ.* Earumdem Jus novum, ac quidem de Reo, §. 2. Procuratore actoris, 3. Procuratore rei præſentis, 4. rei abſentis, 5. Unde hæc forma diſcenda, 6. Unde petenda, §. *ult. eod.*
ſi Satisfecerit reus actori pendente judicio, quid juris, *lib.* 4. *tit.* 12. §. *ult.*
Scripturæ dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 33.
de Scripturæ ordine in legatis, *lib.* 2. *tit.* 20. §. 34.
de Senatuſconſulto, *lib.* 1. *tit.* 2. §. 5. ac quidem de Claudiano penes ſucceſſiones ſublatas, *lib.* 3. *tit.* 13.
Macedoniano, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 7. Orphitiano, ejus ſcil. origine, & ſumma, *lib.* 3. *tit.* 14. *in princ.* Pegaſiano, *lib.* 2. *tit.* 23. §. 5. *& ſeq.* Hujus Senatuſconſulti transfuſio in Trebell. §. 7. *eod.* de Tertylliano, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 2. Trebelliano, *lib.* 2. *tit.* 23. §. 4. *& ſeqq.*
de Serviana & quaſi Serviana actione, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 7.
Servus cui ſtipuletur & adquirat, *lib.* 3. *tit.* 18. §. 1.
Servus fugitivus an uſucapi poſſit, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 1.
de Servi corrupti actione, *lib.* 4. *tit.* 1. §. 8.
Servi etymologia, *lib.* 1. *tit.* 3. §. 3. ob Servi negotium geſtum ut adverſus dominum detur actio, *lib.* 4. *tit.* 7. §. 1.
Servi ut conſtituantur, *lib.* 1. *tit.* 3. §. 4.
Servitutis definitio, *lib.* 1. *tit.* 3. §. 2. Servitutis pœnæ ratio in patria poteſtate, *lib.* 1. *tit.* 12. §. 3.
Servitutis prædiorum ruſticorum & urbanorum quæ, *lib.* 2. *tit.* 2. *in fin.* Servitus ut conſtituatur, *lib.* 2. *tit.* 3. *in princ.* Servitutum Ruſticarum jura, *d. t.* §. 1. Urbanarum, §. 1. *eod.* & ſervitutem debere vel adquirere poſſint, *tit.* 3. §. 3. *eod.*
à Servo communi ut obligatio dominis adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 29. §. 3. Servo fructuario vel uſuario ut obligatio domino adquiratur, *lib.* 3. *tit.* 29. §. 2.
de Servo hæreditario vel hærede inſtituto, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1. *&* 2. inſtituto cum vel ſine libertate exceptio, *lib.* 1. *tit.* 9. §. 1.
de Servorum maleficiis ut oriantur actiones, *lib.* 4. *tit.* 8. *in princ.* Stipulatione, *vide* Stipulatione, per Servos ut adquiratur, *lib.* 2. *tit.* 9. §. 3.
de Sicariis ſeu Homicidis, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 5.
de Soceri & nurus injuria, *lib.* 4. *tit.* 4. §. 2.
adverſus ſocium ut ſocio agere liceat, *lib.* 4. *tit.* 6. §. 38.
Societatis diviſio à materia, *lib.* 3. *tit.* 26. *in princ.* Partibus lucri & damni, §. 1. Partibus inæqualibus, 2. Partibus expreſſis in una cauſa, 3. Ejuſdem ſolvendæ varii modi, 4. Renunciatio, *d.* §. 4. Finis negotii, 6. ut Publicatione bonorum diſtrahatur ſocietas, 7. Ceſſione bonorum, 8. de Dolo & Culpa à ſocio præſtandis, *ult.* de Socii morte, *d. t.* §. 5.
Solo quæ cedere dicantur, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 19. 30. *&* 33.
Solutionis indebiti obligatio, *lib.* 3. *tit.* 28. §. 6. *lib.* 2. *tit.* 6. §. 2.
de Soluto indebito, *lib.* 3. *tit.* 15. §. 1.
Specificationis ſeu Specierum variarum immixtarum dominii jus quale, *lib.* 2. *tit.* 1. §. 25.
Stipulanti alteri ſi ejus interſit, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 19.
de Stipulantis re futura, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 21.
de Stipulantium diſſenſu, *lib.* 3 *tit.* 20. §. 22.
Stipulatio ut purè, in diem, vel ſub conditione fiat, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 2. *& ſeqq* & ut Stipulationi loca inſeri ſoleant, *t. eod.* §. 5. Stipulationi alteri dari ſi pœna adjecta ſit, quid juris, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 18. de Stipulationi ſeu promiſſioni facti alieni pœna addicta, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 20.
de Stipulatione ejus, in quem confertur obligatio, vel ſolutio, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 4. Eorum qui ſunt vel habent in poteſtate, §. 6. Furioſi, §. 8. Impuberis, §. 9. Inter abſentes, §. 11. Interrogationis & reſponſionis, §. 5. Muti vel Surdi, §. 7. Præpoſterè concepta, *lib.* 3. *tit.* 20. § 13.
de Stipulatione Servorum, *lib.* 3. *tit.* 18. *paſſ.* veluti, Servus ſtipulari an poſſit, *in princ.* Cui adquirat, & de perſona cui ſtipulatur, item de ſtipulatione imperſonali, §. 1. Stipulatione facti, §. 2. & Stipulatione ſervi communis, §. *ult.*
de Stipulatione in tempus mortis collata, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 14. poſt mortem alterius, §. 15. Quæ in tempore confertur, §. 12. Rerum plurium, §. 17.
de Stipulatione ſeu promiſſione in Inſtrumento ſcripta, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 16.
de Stipulatione ſub conditione, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 10. Turpis cauſæ, §. 23.
ex Stipulatione quando agi poſſit, *lib.* 3. *tit.* 20. §. *ult.*
de Stipulationum diviſione, *lib.* 3. *tit.* 19. *paſſ.* Effecta, quibus duo rei conſtituuntur, *lib.* 3. *tit.* 17. §. 1. Verbis, *lib.* 3 *tit.* 16. §. 2.
de Stipulationibus Communibus, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 4. Conventionalibus, §. 3. Facti vel dationis alterius, *lib.* 3. *tit.* 20. §. 3. Inutilibus, *lib.* 3. *tit.* 20. *paſſ.* Judicialibus, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 1. Prætoriis, *lib.* 3. *tit.* 19. §. 2. Rerum quæ ſunt vel non ſunt commercii, *lib.* 3. *tit.* 20. §. *ſeq. in princ. & duobus.*
in Stipulatum quæ deducantur, *lib.* 3. *tit.* 16. §. *ult.*
ſi Subſtitutus quis fuerit ſervo inſtituto, qui liber exiſtimabatur, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 15. §. 4.
Subſtituti ſinguli vulgariter, quam partem accipiant

Digitized by Google

cipiant partibus in inſtitutione non expreſſis, *lib. 2. tit. 15. §. 2.*

Subſtitutionis ut plures gradus eſſe poſſint, *lib. 2. tit. 15. §. 1.*

de Subſtitutionis Pupillaris forma, effectu, origine, & ratione; item & de quaſi pupillari ſubſtitutione conſtitutio Juſtinianea, *lib. 2. tit. 16. §. 1. & 3. in princ.* Subſtitutionis pupill. proprium, §. 2. Quomodo finiatur, 8. Quibus ita ſubſtituatur, 4. Qui ſubſtituantur, 5. Quot liberis ſubſtituatur, 6. & Quibus non ſubſtituatur pupillariter, §. 9. *ſeu ult.* item & de Subſtitutione id genus impuberi nominatim aut generaliter facta, §. 7. *eod.*

Subſtitutionis Vulgaris diverſa ratio, *lib. 2. tit. 15.*

ſi Subſtituto cohæredi alius ſubſtituatur, quid juris, *lib. 2. tit. 15. §. 3.*

ut Succedant & ex quoto gradu agnati vel cognati, *lib. 3. tit. 5. §. 5.* ut Succedant matribus vulgo quæſiti, *lib. 3. tit. 4. §. 3.*

Succedendi jus nati poſt mortem avi, vel adoptati à filio emancipato, *lib. 3. tit. 2. §. 8.* Succedendi juris ratio filii poſt mortem patris ab hoſtibus reverſi, *lib. 3. tit. 1. §. 4.*

in Succedendo agnationis jure ut proximitas ſpectetur, *lib. 3. tit. 2. §. 5.*

Succedentium ab inteſtato Primus ordo, *lib. 3. tit. 1. §. 1.* Tertius ordo, & qui in eo vocentur, *lib. 3. tit. 5. §. 1. in princ.* vide de eodem Primo, *tit. 1.* & de Secundo gradu, *ejuſd. lib. tit. 2.*

Succeſſionis jus ex lege 12. tabul. & jure Prætorio, *lib. 3. tit. 3. in princ.* Ex conſtitutione Divi Claudii, §. 1. Novus caſus ex conſtitutione Divi Marci, quo libertatis cauſa bona addicuntur, *lib. 3. tit. 1.* Maternæ jus novum, *lib. 3. tit. 3. §. 1. & ſeq.*

de Succeſſione adoptivorum, & deſcendentium ex fœminis, *lib. 3. tit. 1. §. 14. & ſeq.* Agnatorum capite minutorum, *lib. 3. tit. 5. §. 1.* item conjunctorum per fœminas, §. 2. Liberorum datorum in adoptionem, 3. & vulgo quæſitorum, 4. *ejuſd. t.* Legitima agnatorum, *lib. 3. tit. 2.* Parentum, *lib. 3. tit. 2. §. 2.* Libertorum, qui ſcil. ſuccedant ex lege 12. *tab. lib. 3. tit. 8. in princ.* Jure Prætorio, §. 1. ex lege Papia, 2. ex conſtitutione Juſtiniani, 3. & quibus libertinis ſuccedatur, §. 4. *eod.* Matrum in bona liberorum, *lib. 3. tit. 3. §. 2.*

in Succeſſione qui liberi matri præferantur, aut cum ea admittantur, *lib. 3. tit. 3. §. 3. & 5.*

de Succeſſione nepotis, & neptis ex Senatuſc. Orphitiano, *lib. 3. tit. 4. §. 1.*

de Succeſſionibus ſublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatuſc. Claudiano, *lib. 3. tit. 13. paſſ.*

Si certum ſit vel incertum, an Succeſſor exiſtet, quid juris, *lib. 3. tit. 2. §. 4.*

de Succeſſorio edicto, *lib. 3. tit. 2. §. 7.*

Sui hæredes qui, *lib. 3. tit. 1. §. 2.* Quomodo ſui fiant, §. 3. de diviſione hæreditatis inter Suos, *eod. §. 6.*

Suitas quo tempore ſpectetur, *lib. 3. tit. 1. §. 7.*

Surdo an teſtari liceat, *lib. 2. tit. 12. §. 3.*

In Suſpenſis in damno alterius decidentibus quid juris, *lib. 4. tit. 5. §. 1.*

T

TEſtamenti etymon, *lib. 2. tit. 10. in princ.* Ejus factio ut obſervetur in hæredum extraneorum inſtitutione, *lib. 2. tit. 19. §. 4.* Inofficioſi juris ratio, *lib. 2. tot. tit. 18.* ac quidem de Querela ejuſd. *in princ. ejuſd. tit.* Qui de eo agant, §. 1. & Quatenus agere liceat, §. 3. & 6.

ut de Teſtamenti inofficioſi querela non agatur, & de quarta hæredibus relinquenda, *lib. 2. tit. 18. §. ult.*

Teſtamenti matris vel avi materni juris ratio, *lib. 2. tit. 13. §. 7.* Militaris jus & ratio, *lib. 2. tit. 11. paſſ. & tit. 13. §. 6. eod.* Nuncupativi jus & ratio, *lib. 2. tit. 10. §. 14.*

Teſtamenti ſolemnia à Juſtiniano veteri juri addita, *lib. 2. tit. 10. §. 4.* Teſtes & annuli ſignatorii, §. 5. & 6. Materia in qua id ipſum ſcribebatur, §. 12. Ejuſdem codices plures, §. 13. *eod.*

Teſtamenta quibus modis infirmentur, *lib. 2. tot. tit. 17. paſſ.*

Teſtandi jus penes quos non ſit, *lib. 2. tit. 12. paſſ.*

Teſtandi, jure civili antiqui modi, *lib. 2. tit. 10. §. 1.* item jure prætorio, §. 2. horum jurium conjunctio, §. 3. *eod.*

Teſtes teſtamenti, *lib. 2. tit. 10. §. 6.*

Theſaurorum dominii jus quale, *lib. 2. tit. 1. §. 39.*

Traditionis & quaſi Traditionis in dominio acquirendo quale jus, *lib. 2. tit. 1. §. 40. 41. & ſeqq.*

de Triplicationis jure, *lib. 4. tit. 14. §. 2.*

de Trebelliano Senatuſconſulto, *vide* Senatuſconſulto.

à Tutela ſeu Cura an excuſetur, qui teſtatorem ſeu defunctum non novit, *lib. 1. tit. 25. §. 10.*

Tutelæ definitio, *lib. 1. tit. 13. §. 1.*

Tutelæ ſeu Curæ excuſationes, ut & quando proponendæ, *lib. 1. tit. 25. §. 16.*

de Tutelæ geſtione, *lib. 1. tit. 25. §. 18.*

Tutelæ jus antiquum ubi nullus tutor, *lib. 1. tit. 20. in princ.* ſi Tutoris teſtamentarii futuri ſpes ſit, §. 1. ſi Tutor ab hoſtibus captus ſit, §. 2. *ibid.*

Jus Novum & Noviſſimum, *lib. 1. tit. 20. §. 4. & 5.*

Tutelæ obligatio qualis, *lib. 3. tit. 28. §. 2.* Ratio & de ejuſdem ratione reddenda, *lib. 1. tit. 20. § 6. & 7.*

de Tutela agnatorum, *lib. 1. tit. 15.* & ad quos agnatos pertinet, *lib. 1. tit. 16. §. 7.* Fiduciaria, *lib. 1. tit. 19.* Legitima Patronorum, *lib. 1. tit. 17.* Parentum, *lib. 1. d. tit. 18.*

à Tutela ſeu Cura an liberent falſæ allegationes, *lib. 1. tit. 25. §. 20.* Ut rectè excuſari

liceat

liceat polypedia ſeu numero liberorum, *lib.* 1. *tit.* 25. *in princ.* Fiſcalis rei adminiſtratione, §. 1. Abſentia Reipub. cauſa, 2. Poteſtate, 3. Lites, 4. Tutelæ vel curæ tribus oneribus, 5. Paupertate, 6. Valetudine adverſa, 7. Litterarum imperitia, 8. Datione propter inimicitias; & de Tutore qui teſtari conſenſit, 9. Inimicitiis maximis, 11. Paſſione controverſiæ ſtatus, 12. Ætate, 13. Militia, 14. Doctrina Grammatices, Rhetorices, & Medicinæ, 15.
Tutela ut finiatur pubertate, *lib.* 1. *tit.* 22. *in princ.* Capitis diminutione, §. 1. *&* 4. Eventæ conditionis, 2. Morte, 3. Tempore, 5. Remotione & Excuſatione, 6.
Tutor an Curator poſtea eſſe cogatur, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 18. Quibus teſtamento datur, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 3.
ſi Tutor pupilli nomine legatum acceperit, aut de inofficioſo teſtam. agens ſuccubuerit, quid juris, *lib.* 2. *tit.* 18. §. 4. *&* 5.
Tutoris definitio & etymologia, *lib.* 1. *tit.* 13. §. 2.
de Tutore Attiliano, *lib.* 1. *tit.* 20.
de Tutore liberis petendo, *lib.* 3. *tit.* 3. §. 6.
Tutores qui dari poſſint, *lib.* 1. *t.* 14. *in princ.* Quibus modis, & cui dentur, §. 3. *&* 4. Dari quando & cur deſierint ex legibus Julia & Titia, *lib.* 1. *tit.* 20. §. 3.
Tutores vel Curatores quibus modis conſtituantur, *lib.* 4. *tit.* 10. §. 2. Ut ſuſpecti, Quale ſuſpecti crimen, & ut à munere removeantur, ob hoc crimen accuſentur: de effectu remotionis, & accuſationis; de accuſati tutoris morte ſeu contumacia, Alimentorum denegatione, Tutelæ redemptione, Fraudulenta liberti adminiſtratione, & de ſuſpecti ſatis oblatione, *lib.* 1. *tit.* 26. *paſſ.* & Ut ad univerſum patrimonium dari cenſeantur, *lib.* 1. *tit.* 25. §. 17.
de Tutorum auctoritate, *lib.* 1. *tit.* 21. In quibus cauſis ſit neceſſaria. §. 1. Quomodo interponi debeat, 2. & Quo caſu interponi nequeat, 3. *eod.*
de Tutorum ſatiſdatione, *lib.* 1. *tit.* 24. *paſſ.*

V

VAcantia bona an uſucapi poſſint, *lib.* 2. *tit.* 6. §. 4.
de Venditione & Emptione, *lib.* 3. *tit.* 24.
de Venditæ rei commodo & periculo, *lib.* 3. *tit.* 24. §. 3.
de Verborum Obligationibus, *vide* Obligationibus.
de Verbis ſtipulationum, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 1.
de Vi bonorum raptorum actionis origine, & Quid in eam veniat, *lib.* 4. *tit.* 22. *in princ.* Adverſus quos competat, §. 1. & Quibus detur, §. *ult.*
de Vi, & ejus judicio, *lib.* 4. *tit.* 18. §. 8.
Uſucapi quæ poſſint, vel non, *lib.* 2. *tit.* 6. *&* *ſeq.* §. 1.
Uſum habens ædium, fundi, jumenti, pecorum vel ſervi, quid juris: & ut uſus ab uſufructu differat, *in princ. lib.* 2. *tit.* 5. §. 1. 2. 3. *&* 4.
Uſusfructus definitio, *lib.* 4. *tit.* 2. *in princ.* Quibus modis, §. 1. & Quibus in rebus conſtituatur, 2. Ut finiatur, 3. Et eo finito quid juris, §. 4. *eod.*
Uſusfructus & uſus communia & differentiæ, *lib.* 2. *tit.* 5. §. 1 *in princ.*
Utilis actionis jus ex lege Aquilia, *lib.* 4. *tit.* 3. §. *ult.*
Vulgaris ſubſtitutionis juris ratio, *lib.* 2. *t.* 15.
ad Vulgo quæſitorum bona ut vocetur mater, *lib.* 3. *tit.* 3. §. *ult.* item & ipſi ut vocentur ad acceſſionem matrum, *ejuſd. lib. tit.* 4. §. 3.
de Uxoris & mariti injuria, *lib.* 4. *tit.* 4. §. 2.
Uxores quæ duci poſſint, vel non, *lib.* 1. *tit.* 10. §. 1.

INDEX III. DECISIONUM,

Et Conſtitutionum Juſtiniani Imperatoris, quarum ſit mentio in IV. Inſtit. Lib.

DEciſiones ſunt quæ dirimunt controverſias juris veteris, quæ & Conſtitutiones dicuntur Specialiter autem Conſtitutiones ſunt, quibus jus vetus vel emendatur, vel confirmatur, vel ampliatur. Et ex Deciſionibus quidem ſunt quæ ſequuntur:

Deciſio, *l. penult. C. de neceſſ. ſerv. hær. inſtit.* quæ & in ea & in *l. ult. eod.* deciſio dicitur, de qua *lib.* 1. *Inſtitut. tit.* 6. §. *idem juris.* 2. & *lib.* 2. *tit.* 14. §. 1.
Deciſiones, *de Dedititia & Latina libertate tollenda*, quibus ſingulis datus eſt proprius titulus *lib.* 7. *Cod.* Prior illa fuit, quæ eſt de Dedititia, cui adjungi etiam poſſunt, *l.* 2. *C. comm. de manumiſſ.* & *l. unic. de nudo jure Quiritum toll.* de quibus *lib.* 1. *Inſtit. t.* 5. §. *ult.* & *t.* 11. §. *ult.* & *lib.* 3. *t.* 7. §. *ult.*
Deciſio, *l. ſi furioſi.* 25. *C. de nupt.* de qua *lib.* 1. *Inſtit. t.* 10. §. 1.
Deciſio, *l. pen. C. de adopt.* de qua *lib.* 1. *Inſtit. t.* 11. §. *ſed hodie.* 2. *& tit.* 12. §. 8. & *lib.* 2. *t.* 13. §. 5. *verſ. circa.* & *tit.* 18. §. 1. §. *tam autem.* 2. *& lib.* 3. *t.* 1. §. *ſed ea omnia.* 14. *&* §. *ſeq.* itemque *tit.* 16. §. 1.
Deciſio, *l.* 13. *C. de uſufr. & habit.* de qua *lib.* 2. *Inſt. t.* 5. §. *pen.*
Deciſio, *l.* 1. *C. de comm. ſerv. man.* de qua *lib.* 2. *t.* 7. §. *ult.*

De-

Digitized by Google

Deciſio, *l. ult. C. de contr. empt.* de qua *l. 3. tit. 24. §. pretium. 1.*

Deciſio, *l. ult. C. per quas perſ. nob. adqui. lib. 3. t. 29. §. ult.*

Deciſio, *l. 21. C. de furt. lib. 4. t. 1. §. 8. verſ. & cum nobis.*

Deciſio, *l. ult. C. eod. t. lib. 4. Inſtit. t. 1. §. 16. verſ. ſed noſtra.*

INDEX IV. CONSTITUTIONUM,

Quarum in libris Inſtitutionum meminit Juſtinianus, & alias jam ipſe fecerat, alias nunc facit, alias poſtea facturus eſt. Et ex his quidem quas jam fecerat, aliæ ſunt Græcæ, aliæ Latinæ.

Græca ſunt quæ ſequuntur.

Conſtitutio, *l. 30. C. de epiſc. audient. lib. 1. Inſt. t. 20. §. 5.*

Conſtitutio, *l. ult. C. de teſtam. lib. 2. t. 10. §. legatariis. 11.*

Conſtitutio, *de incertis perſon. lib. 2. t. 20. §. ſed nec. 27. & lib. 3. tit. 10. §. 1.*

Conſtitutio, *de Jure patronat. lib. 3. t. 2. §. pen. & t. 8. §. ſed noſtra. 3. & §. ult. & t. 7. pr. verſ. ſed noſtra. & t. 10. §. cumque antea. 4.*

Conſtitutio, *l. 45. de epiſc. & cler. lib. 3. t. 27. §. ult. & lib. 4. t. 6. §. 25.*

Conſtitutio, *l. 5. de ſportulis. lib. 4. t. 6. §. quadrupli. 25.*

Conſtitutio, *de plus petitionibus, lib. 4. t. 6. §. tripli. 24. & §. 33.*

Latinæ autem quæ ſequuntur.

Conſtitutio, *de lege Fuſia Caninia tollenda, lib. 1. Inſtitut. t. 7.*

Conſtitutio, *l. cum quis. 10. C. de nat. lib. 1. t. 10. §. ult. & lib. 3. t. 1. §. 2.*

Conſtitutio, *l. ult. de Conſulibus. lib. 2. t. 12. §. filiusfam. 4.*

Conſtitutio, *l. ult. de emancip. lib. d. lib. 1. t. 12. §. præterea. 6. & lib. 3. t. 2. §. ult. & t. 8. §. 4.*

Conſtitutio, *l. ult. quand. tut. vel curat. deſ. lib. 1. t. 22. princ.*

Conſtitutio, *l. ult. de leg. tut. lib. 1. t. 19. in fin. & t. 25. §. item. 13.*

Conſtitutio, *l. 21. de ſacroſ. eccl. lib. 2. t. 1. §. ſacræ. 8.*

Conſtitutio, *l. pen. de uſufr. lib. 2. t. 4. §. pen. & lib. 3. tit. 10. §. 2.*

Conſtitutio, *de uſucap. transferm. lib. 2. t. 1. §. per traditionem. 40. & t. 6. §. 7.*

Conſtitutio, *l. ult. de quadrienn. præſcr. lib. 2. t. 6. §. ult.*

Conſtitutio, *de donat. cauſ. mort lib. 2. t. 7. §. 2.*

Conſtitutiones VII. *de donat. inter vivos, & de donat. propter nuptias. l. 34. 35. 36. C. de donat. l. ult. C. de revoc. donat. l. ult. C. de jur. dot. l. ult. C. de don. ante nupt.* Quibus aliquid adjungi poteſt, *l. 38. de epiſc. & cler.* De his verò agitur *lib. 2. t. 7. §. 2.*

Conſtitutio, *de rei uxor. actio. & de fundo dot. lib. 2. Inſt. t. 8. §. 1. & lib. 4. t. 6 §. fuerat. 29.*

Conſtitutio, *de jure dominii impetrando, lib. 2. t. 8. §. contra. 1.*

Conſtitutio, *l. 25. de adminiſtr. tut. d. lib. & t. §. pen.*

Conſtitutiones, *l. 6. & 8. de bon. quæ lib. acquir. lib. 2. t. 9. §. 1. & lib. 3. t. 18. §. 1.*

Conſtitutio, *l. 2. & 9. de teſtam. lib. 2. t. 10. §. ſed his. 4.*

Conſtitutio, *l. pen. C. de teſt. mil. lib. 2. t. 11. in princ.*

Conſtitutio, *l. ult. qui teſt. fac. poſſ.* conjuncta *l. ult. de inoff. teſt. lib. 2. t. 11. §. ult.*

Conſtitutio, *l. 10. qui teſt. fac. poſſ. lib. 2. t. 12. §. item ſurdus. 3.*

Conſtitutio, *l. 4. de lib. præter. lib. 2. t. 13. §. ſed hæc. 5.*

Conſtitutio, *l. 9. de impub. & aliis ſubſt. lib. 2. t. 16. § qua ratione. 1.*

Conſtitutio, *l. 30. & 35. de inoff. teſt. lib. 2. t. 18. §. ſed hæc. 3. & §. ult.*

Conſtitutio, *l. ult. de jur. delib. lib. 2. t. 19. §. 5.*

Conſtitutiones tres, *tit. Comm. de legat. lib. 2. t. 20. §. 2. & 3. & §. optionis. 23.*

Conſtitutio, *l. 24. de teſtam. d. lib. & tit. §. 34.*

Conſtitutio, *de his quæ pœnæ nomine relinquuntur, d. lib. & t. §. ult.*

Conſtitutio, *l. 11. de contrah. ſtip. d. lib. & tit. §. poſt mortem. 35. & lib. 3. t. 20. §. poſt mortem. 12.*

Conſtitutio, *l. ult. de fideicomm. d. lib. 2. t. 33. §. ult.*

Conſtitutio, *l. nuper. 11. de natur. liber. lib. 3. t. 1. §. 2. in fin.*

Conſtitutio, *l. ult. de ſuis & legit. d. lib. 3. & tit. 1. §. 15. in fin.*

Conſtitutio, *l. pen. de legit. hær. lib. 3. t. 2. §. 3. in fin.*

Conſtitutio, *l. 2. de jur. delib. lib. 3. t. 3. §. ſed nos. 4.*

Conſtitutio, *l. ult. ad SC. Tertyllian. d. lib. 3. & t. 3. §. ſed cum antea. 5.*

Conſtitutio, *l. ult. Comm. de ſucceſſionibus. lib 3. t. 10. princ.*

Conſtitutio, *l. ult. de teſtam man. lib. 3. tit. 11. §. ult.*

Conſtitutio, *l. 14. de contr. ſtipul. lib. 3. tit. 20. § item verborum. 11.*

Conſtitutio, *l. pen. de non num. pecun. lib. 3. t. 21. & lib. 4. t. 13. §. idem juris. 2.*

Con-

Digitized by Google

Conſtitutio, *l. 17. de fidei inſtrum. lib. 3. t. 23. §. 1.*
Conſtitutio, *l. ult. de novationib. lib. 3. t. 29. §. pen.*
Conſtitutio, *l. 2. de conſtit. pecun. lib. 4. t. 6. §. in perſonam.* 8.
Conſtitutio, *l. ult. de petit. hær. lib. 4. t. 6. §. actionum.* 28.
Conſtitutio, *l. ult. de compenſat. lib. 4. t. 6. §. in bonæ fid.* 30.
Conſtitutio, *l. 2. de jurejur. propt. calum. lib. 4. t. 16. §* 1.
Conſtitutio, *de raptu virginum, lib. 4. tit. 18. §.* 8.

Et hæ quidem ſunt Conſtitutiones, quas jam fecerat Juſtinianus ante horum librorum editionem. Facit autem in his libris *Inſtit.* ſequentes, quæ non extant alibi.

De SC. Pegaſiano tollendo, lib. 2. Inſtit. t. 23. §. ſed quia. 7.
De minori xx. ann. data poteſtate ſervorum manumittendorum, lib. 1. t. 6. §. ult.
De hærede vetito in teſtamento teſtimonium perhibere, lib. 2. t. 10. §. ſed neque. 10.
De ſatiſdationibus in judicio præſtandis, quod in uſu receptum erat contra formam iuris veteris, ut idem obſervetur in omnibus provinciis, lib. 4. t. 11. §. ult.

Facturus autem erat Juſtinianus, nondum fecerat eam Conſtitutionem, cujus ſententiam prævertit exponere in extremo *tit.* 1. §. 3.

Ex hoc verò tam ingenti numero Conſtitutionum Juſtiniani, quæ referuntur in his IV. *Inſtit.* libris, & repetuntur quædam etiam in eis ſæpius, ſatis liquet jure meritoque hos libros Juſtiniano attribui potius, quàm aliis vel Imperatoribus vel legum aut juris Auctoribus, ex quibus ſumpta ſunt cætera, quæ in his libris referuntur, quorum etiam omnium ſimul ac locorum ſingularium, quibus hi libri ſunt inſigniti, Indices conficere viſum eſt.

INDEX V. CONSTITUTIONUM.

Aliorum imperatorum, quæ in iiſdem Inſtitutionum libris referuntur.

D. Auguſti auctoritas, & juſſum, *lib. 2. Inſt. tit. 12. in princ. & t. 23. in pr. & §. 12. t. 25.*
Auguſti juſſio, *lib. 2. t. 23. §. 1. & ult.*
Tiberii Cæſ. Conſtitutio, *lib. 2. tit. 15. in fin.*
D. Claudii indulgentia, *lib. 3. t. 3. §.* 1.
Nervæ auctoritas, *lib. 2. t. 12. in princ.*
Trajani reſcriptum, *lib. 2. t. 11. §.* 1.
Ejuſdem edictum, *lib. 3. t. 7. §. ult.*
Ejuſdem Optimi Imp. auctoritas, *lib. 2. t. 12. in princ.*
D. Hadriani ſubſcriptio, *lib. 2. t. 12. in princ.*
Ejuſdem venia & ſpeciale beneficium, *lib. 2. t. 19. §. 5.*
Ejuſd. Epiſtola, *lib. 3. t. 21. §. 4.*
Ejuſdem reſcriptum, *lib. 2. t. 1. §. 39. & t. 10. §. 7. & t. 20. §. 25.*
D. Pertinacis oratio, *lib. 2. tit. 17. §. penult. & ult.*
D. Pii reſcriptum *lib. 1. t. 25. §. ſimiliter.* 8. *& lib. 2. t. 6. §. res fiſci.* 4. *& t. 15. §. 3. & tit. 20. §. 4.*
D. Marci edictum, *lib. 2. t. 6. §. ult.*
Ejuſdem Conſtitutio ſive reſcriptum, *lib. 3. t. 11.*
Ejuſdem reſcriptum aliud, *lib. 4. t. 6. §. in bonæ. fid.* 30.
Ejuſdem aliud reſcriptum in ſemeſtribus, & pleraque alia de Excuſationibus tutorum, *lib. 2. t. 25.*
Divorum fratrum reſcripta, *lib. 1. t. 25. §. ſed & propter.* 6. *& §. non eſſe.* 10.
Divor. Severi & Antonini reſcripta ſive epiſtolæ, *lib. 1. tit. 25. §. qui tutelam.* 18. *& t. 26. tribus locis. & lib. 2. t. 6. §. res fiſci.* 4. *& §. inter.* 8. *& t. 10. § ſed cum aliquis* 7. *& t. 15. §. ſed inſtituto.* 3. *& t. 17. duobus locis. item t. 20. §. ſed & ſi rem.* 5. *& §. ſi rem.* 12. *§. ſed ſi uxori.* 15. *§. peculium.* 20. *& t. 25. §.* 1.
Divorum eorund. Conſtitutio *lib. 2. t. 14. princ.*
Divi Severi Conſtitutio, *lib. 2. t. 9. §. penult.*
D. Gordiani beneficium, *lib. 2. t. 19. §* 5.
Divor. Principum Valentiniani, Theodoſii & Arcadii Conſtitutio, *lib. 3. t. 1. §. item vetuſtas.* 15. quæ eſt *l. 4. C. Th. de leg. hæred. & t. 4. §. ſed eum.* 2. & eſt *lex Si defunctus.* 9. *C. de ſuis & leg. lib.*
Leonis inclytæ recordationis, *lib. 3. t. 20. §. item ſi quis.* 13. Leoniana Conſtitutio, *lib. 3. t. 16. §.* 2.
Zenoniana lex vel Conſtitutio, *lib. 2. t. 6. in fin. & lib 3. t. 25. §. adeo.* 3. *& lib. 4. t. 4. §. in ſumma.* 10. *& t. 6. §. 33. itemque t. 13. §.* 10.
Zenonis divæ memoriæ Conſtitutio, *lib. 2. t. 6. § ult. & lib. 4. t. 6. §. ſi minus.* 34.
Anaſtaſiana lex, *lib. 3. t. 5. §.*
D. Juſtini patris Juſtiniani Conſtitutio, *lib. 2. t. 7. § 3. & t. 12. §. pen.*

Sæpiſſime etiam rerum Principum Conſtitutiones Conſtantini, Theodoſii, Valentiniani & aliorum nomine non expreſſo in his libris adducuntur, & quæ uſu fori ſolo increbuerant, irroboraverantque.

INDEX VI. LEGUM ET SENATUS-CONSULTORUM

Veterum, quorum ſit mentio in iiſdem IV. libris Inſtitutionum.

LEges XII. tab. *lib.* 1. *Inſtit. t.* 15. *&* 17. *&* 26. *lib.* 2. *t.* 1. §. *cum in ſuo.* 29. *&* §. *vendita.* 41. *t.* 6. §. *furtivæ.* 2. *t.* 13. §. *ſed hæc.* 5. *t.* 22. *in princ. lib.* 3. *t.* 1. §. 1. §. 9. *&* §. *ult. t.* 2. *tribus locis. t.* 3. *t.* 4. §. 2. *tit.* 5. §. 1. *t.* 8. *pr.* §. 3. *t.* 10. *in princ. & lib.* 4. *t.* 4. §. *pœna.* 7. *t.* 8. §. 4. *& t.* 9. *in pr.*

Lex Ælia Sentia, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. *& t.* 6.
Atilia, *lib.* 2. *t.* 20. *in princ.*
Atinia, *lib.* 2. *t.* 6. §. *furtivæ.* 2.
Aquilia, *lib.* 4 *t.* 3. *&* 6. §. 19. §. *in duplum.* 23 *& t.* 8. §. *ſunt autem.* 4.
Cornelia de Injuriis, *lib.* 4. *t.* 4. §. *ſed & lex.* 8. de Falſis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 7. de Teſtamentis, *lib.* 2. *t.* 12. *in fin.* de Sicariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 5. 6.
Fabia de Plagiariis, *lib.* 4. *t.* 18. §. 10.
Falcidia, *lib.* 2. *tit.* 22.
Furia, *ibid.*
Fuſia Caninia, *lib.* 1. *t.* 7.
Hortenſia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 4.
Hoſtilia, *lib.* 4. *t.* 10.
Julia & Titia, *lib.* 1. *t.* 20. *in princ.* Julia & Plautia, *lib.* . . *t* 6. §. 2. Julia de fundo dotali, *lib.* 2. *t.* 8. Julia Vellea, *lib* 2. *t.* 13. §. *poſthumorum.* 2. Julia de vi, *lib.* 4. *t.* 15. *& t.* 18. §. 6. §. 8. Julia Majeſtatis, Peculatus, de Pudicitia, de Annona, Repetundarum, de Ambitu, de Reſiduis, *lib.* 4. *t.* 18.
Junia Norbana, *lib.* 1. *t.* 5. §. 3. *& lib.* 3. *t.* 8. §. *ſed hæc.* 4.
Papia, *lib.* 3. *t.* 8. §. *poſtea.* 2. *& ſeq.*
Pompeja de parricidiis, *lib* 4. *t.* 18. §. 6.
Regia, *lib.* 1. *t.* 2. §. 6.
Voconia, *lib.* 2. *t.* 22.

Senatuſconſ. Claudianum. *lib.* 3. *t.* 13.
Largianum, *lib.* 3. *t.* 7. §. *penult.*
Macedonianum, *lib.* 4 *t.* 8. §. *ult.*
Neronis temporibus factum de fideicommiſſis, *lib.* 2. *t.* 23. §. 4.
Veſpaſiani Auguſti temporibus factum, de fideicommiſſis, *lib.* 2. *t.* 23 §. *ſed quia.* 5.
Orphitianum, *lib.* 3. *t.* 4.
Pegaſianum, *lib.* 2. *t.* 23.
Sabinianum, *lib.* 3. *t.* 1. §. *ſed ea omnia.* 14.
Tertyllianum, *lib.* 3. *t.* 3.
Trebellianum, *lib.* 2. *t.* 23. & Senatuſconſult. de Adſignatione libertorum, *lib.* 3. *tit.* 9. §. *ult.*

INDEX VII. AUCTORUM JURIS, ALIORUMQUE,

Qui i ſ . es citantur in his libris.

ÆLius Martianus in Inſtitutionibus, *lib.* 4. . . §. 1. eſt is forte ad quem pertinet Antonini reſcriptum, de quo *lib.* 1. *t.* 8. Mentionem etiam facit Martiani *lib.* 1. *t.* 4. *& lib.* 4. *t.* 3.
Atilicinus, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*
Cajus ex libris Inſtitutionum & Rerum quotidianarum, & ad leges XII. tab. in Conſtitutione Juſtiniani his libris præpoſita, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia.* 5.
Caſſius, *l.* 3. *t.* 24. §. *item.* 2.
Cato, *lib.* 1. *t.* 11. §. *ult.*
Celſus, *lib.* 2. *t.* 20 §. . 2.
Gallus Aquilius, *lib.* 3 *t.* 30. §. 2.
Honoratus, *lib.* 2. *t.* 7. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 3. §. 1.
Julianus, *lib.* 1. *t.* 10. §. *ſi uxor.* 9. *& t.* 26. §. *ſuſpectus.* 5. *lib.* 2. *t.* 1. §. 38 & *t.* 20. *quatuor locis:* itemque, *lib.* 3. *t.* 9. §. 2. & *lib.* 4. *t.* 5. §. . *ſuinſ.* 2.
Labeo, *lib.* 2. *t.* 25.
Marcellus, *lib.* 2. *t.* 5. §. *penult.*
Papinianus, v. Reſp. & alibi. *lib.* 1. *t.* 25. §. 2. *t.* 26. §. *ſi quis autem.* 7. *lib.* 2. *t.* 1. §. 8. & *t.* 6. §. *res fiſci.* 4. & *t.* 20. §. *ex contrario.* 14. *t.* 23. §. *ſed quia.* 7. *t.* 25. § *non tantum.* 1.
Paulus ad Maſſurium Sabinum, *lib.* 2. *t.* 14. *in pr.*
Idem ad Plautium, *ibid.*
Pomponius, *lib.* 2. *t.* 10. §. *poſſunt.* 5.
Proculi ſententia, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2.
Q. Mutius, *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.
Sabinus, *lib.* 2. *t.* 20. §. *ult. lib.* 3. *t.* 27. §. 6. & *lib.* 4. *t* 3. §. 15.
Sabiniani & Proculejani, *lib.* 2. *t.* 1. §. *cum ex aliena.* 25.
Sabinus & Caſſius, *lib.* 3. *t.* 24. §. 2. & *t.* 27. §. *is qui.* 8.
Scævola, *lib.* 1. *t.* 25. §. 16.
Servius, *lib.* 1. *t.* 13. §. 1. & *lib.* 3. *t.* 26. §. 2.
Trebatius, *lib.* 2. *t.* 25.
Xenophon, *lib.* 4. *t.* 18. §. *item lex Cornelia.* 5.

INDEX

INDEX VIII. RERUM ET LOCORUM

Singularium fere omnium, quibus ſimiles in jure nulli alii reperiuntur.

DE inſtitutis Athenienſium & Lacedæmoniorum, *lib.* 1. *t.* 2. §. 10.

Ratio cur liberi patroni ſint legitimi tutores, parentis liberi manumiſſoris fiduciarii, *lib.* 1. *t.* 19.

Pomponii opinio de ſubſignatione teſtium in teſtamento, *lib.* 2. *t.* 10. §. *poſſunt.* 5.

Teſtamentorum tria genera, & Teſtamenti veriloquium, *lib.* 2. *t.* 10. *in princ.* §. *ſed ut.* 1.

Relatio ex Atilicino de Inſtitutione hæredum. *lib.* 1. *t.* 14. *in pr.*

Pertinacis oratio de tabulis teſtamenti, *lib.* 2. *t.* 17. §. 7.

Venia D. Hadriani de abſtinendi ab hæreditate poteſtate, *lib.* 2. *t.* 19. §. *Extraneis.* 5.

Ejuſdem reſcriptum, Ne miles incertæ perſonæ legare poſſit, *lib.* 2. *t.* 20. §. *incertis.* 25.

Scabini opinio de Hærede pœnæ nomine adjiciendo, *d. tit.* 20. §. *Pœnæ.* 36.

Papiniani dictum de captioſis ſtipulationibus, *lib.* 2. *t.* 23. §. *ſed quia.* 7.

Origo fideicommiſſorum, *d. lib.* & *t.* §. *Sciendum.* 1. *item* & *t.* 25. *in princ. ubi de Lucio Lentulo per parentheſim agit.*

Origo Codicillorum, *d. t.* 25. *in princ.*

Severi & Antonini reſcriptum de Codicillis factis ante teſtamentum, *d. t.* 25. §. *non.* 1. *verſ. Sed D. Severus.*

Claudii indulgentia in favorem matrum ſuccedentium liberis, *lib.* 3. *t.* 3. §. 1. *ibi. Et primus quidem Divus Claudius.*

Graduum cognationis diagramma, *lib.* 3. *t.* 6. §. *fin.*

Senatuſconſulti Largiani, & edicti Trajani ſententia, *lib.* 3. *tit.* 8. §. *ult.*

D. Marci reſcripti verba, de novo caſu ſucceſſionis ex cauſa libertatis, *lib.* 3. *tit.* 12. §. 1.

De bonis defuncti filii adrogati à creditoribus poſſidendis, *lib.* 3. *t.* 11. *in fin.*

Obligationis definitio, *l.* 3. *t.* 14. *in princ.*

Venditionis conditionalis exemplum, *lib.* 3. *t.* 24. §. *pen.*

Caſſii ſententia de Emptione ſeu Venditione materiæ: item Locatione ſeu Conductione operarum, *lib.* 3. *tit.* 25. §. *item quæritur* 4.

Sabini item de Mandato obligatorio, *lib.* 3. *t* 27. §. 8.

Furtorum genera, & de Fure hoc ipſo manifeſto, quod viſus à domino fuerit, *lib.* 4. *t.* 1. §. *Furtorum.* 3.

Locus §. *ſi communi ſervo.* 4. *de injuriis*, adverſus Pædianum, *lib.* 4. *t.* 4.

Bonæ fidei quindecim actiones enumeratæ, *l.* 4. *t.* 6. §. *actionum.* 28.

Locus quo traditur, Servum noxæ deditum ab eo etiam invito cui deditus eſt, pecunia data redimi & manumitti poſſe, *lib.* 4. *t.* 8. §. *dominus.* 3.

Lex Hoſtilia, qua permiſſum erat furti agere eorum nomine, qui apud hoſtes eſſent, aut Reipub. cauſa abeſſent, quive in eorum alicujus tutela eſſent, *lib.* 4. *t.* 10. *in princ.*

Ratio cur furti manifeſti ſit perpetua actio, *lib.* 4. *t.* 12. *in princ.*

Judicia omnia eſſe abſolutoria, *d. t.* 12. 8. *fin.*

INDEX IX. HISTORICUS IN TIT. DIGEST.

De Origine & Progreſſu Juris: item & de Inſtitutione Magiſtratuum, ac De Juriſconſultis.

DE Actionibus Legis ſive Legitimis, *l.* 2. §. 6. 7. & 12. *D. de orig. jur.* Vid. & Cic. *pro Murena. cap.* 11.

Ædiles Curules ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas poteſtaſve, *l.* 2. §. 26 *D. de orig. jur.* Vid. & Liv. *lib* 6 *cap.* 42. *in hiſt. Rom.* Cicer. *lib.* 5. *in Verr.* & *lib.* 2. *de Offic.* c. 16.

Ædiles Cereales ſive Frumentarii, ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, qualiſve juris auctoritas, *l* 2. §. 32. *D. de orig. jur.* & vide ibi Cujac. item Sueton. *in Jul.* c. 41. & Dion. *in fin. lib* 43.

Ædiles plebis, ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 21. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. *hiſt. Rom.* Dionyſ. Halic. *lib.* 6. *antiq.* Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Auſon. poet. *edyll.* 15.

Cenſores ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas, *l.* 2. §. 17. *D de orig. jur.* Vide præterea de iis Liv. *lib.* 4. *cap.* 8. *hiſt. Rom.* Cic. *lib.* 3. *de legib. cap.* 3. & 20. & Agell. *lib.* 4. *cap.* 12. Item Hotom. *in ſua deſcript. Magiſt. Roman.*

de Conſtitutionibus Principum: ſive Principalium jure & auctoritate, *l.* 2. §. 11. & 12. *D. de orig. jur.* ac de iis vide paſſ. *lib.* 1. *t.* 4. *Digeſt.* & ibid. DD. *lib.* 1. *tit.* 14. & 15. *Cod.*

Conſuetudine ut Romani primum pro jure ute-

ren-

Google

rentur, colligitur ex l. 2. §. 3. de orig jur. de Conſuetudinis autem vi & poteſtate agunt DD. in l. quibus. 31. D. de legib. & in §. conſtit. & §. ex non ſcripto. Inſtit. de jur. nat. gent. & civ.

Conſules ut Romæ conſtituti Regibus exactis, & quæ eorum fuerit auctoritas, l. 2. §. 16. 26 & 27. vide & de iis Novell. Juſtiniani Imp. 24. & 25. Cic. lib. 3. de leg. cap. 3. Varron. lib. 4. de ling. Latin. & lib. 2. de vita pop. Rom. apud Noni. item Anton. Cont. lib. 1. lection. ſucceſſivar. jur. civil. cap. 19. itemque Liv. lib. 2. cap. 1. & lib. 3. cap. 55. Polyb. lib 6. ac quidem Hotom. in ſua tract. de Magiſtratuum Rom. deſcriptione.

Curiarum origo & diviſio prima apud Roman. l. 2. §. 1. D. de orig. jur. vide & Varron. lib. 4. de ling. Lat. Feſt. lib. 3. Liv. lib. 1. hiſt. Rom. cap. 13. & Dionyſ. Halic. lib. 2. antiquit.

de Curiatis legibus, vid. inf. in voce Legibus. & Liv. lib. 5. cap. 46. hiſt. Rom. & Cic. 2. Agrar. cap. 30.

Decemviri legibus ſcribendis litibuſque judicandis, ut Romæ primum conſtituti, & eorum qualis fuerit authoritas, l. 2. §. 4. & 29. D. de orig. jur. vid. & Liv. decad. 1. lib. 3. cap. 33. Agell. lib. 17. cap. 21. & Cujac. lib. 3. obſ. cap. 32.

Decemvirorum conſtitutio apud Rom. l. 2. §. 13. 16. & 24. D. de orig. jur. vide & Varron. lib. 4. de ling Lat. Liv. lib. 1. 3. & 6. hiſtor. Rom. item Dion. Halic. lib. 2. 3. 4. & 10. antiq. Rom.

Dictatores ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas, l. 2. §. 18. D. de orig. jur. & l. un. D. de offic. Præf. Præt. lib. 1. t. 11. Vide & Dion. Halic lib. 5. antiq. Rom. Varron. lib. 4. de ling. Lat. Liv. lib. 2. cap. 18. & lib. 7. cap. 3. hiſt. Rom. Cic. lib. de finib. & de legib. & paſſim aliis. Itemque Canter. lib. 2. Novar. lect. cap. 4. & poſt eos Hotom. in d. deſcript. Magiſtratuum Rom.

Duodecim tabularum legum origo. Vide Legum.

de Fori diſputatione ex auctoritate Prudentium, l. 2. §. 5. D. de orig. jur.

Honorarium jus quale, & unde dictum, l. 2. §. 10. & 12. D. de orig. jur. Vide præter Pomp. Juriſconſ. hujus leg. auctorem Papinian. in l. jus autem. 7. in fin. de juſt. & jur.

Hortenſia (ſive Hortenſii Dictatoris Rom.) lege ut confirmata plebiſcita, l. 2. §. 8. D. de orig. jur. vide & Liv. lib. 5. hiſt. Rom. & Agell. lib. 15. cap. 27.

Jus civile Ælianum, l. 2. §. 7. D. de orig. jur. Hujus autem formulæ literis ſingularis ſcribi ſolebant; unde & Notæ dicebantur, ut refert D. Cujac. in hunc loc. ex Marc. Tullii orat. pro Murana.

Jus civile Papinianum quale, l. 2. §. 2. D. de orig. jur. vide & Agell. lib. 6. cap. 9. & Valer. Maxim. lib. 2. cap. 1.

Jus civile ſine ſcripto ex Prudentium auctoritate proficiſcens, l. 2. §. 5. & 12. D. de orig. jur.

Jus Honorarium quale, Vide Honorarium.

Juris interpretatio ut prudentium auctoritatem deſideret, l. 2. §. 5. D. de orig. jur.

Juris origo & proceſſus, l. 2. in princ. D. de orig. jur.

Juriſconſultorum, Profeſſorum & Auctorum ſive Scribentium veterum deſcriptio, l. 2. §. 35. & ſeqq. D. de orig. jur. de quibus etiam plura Hotom. in ſuo tract. Juriſconſult.

Juriſconſultorum reſponſa quando in uſu & auctoritate eſſe cœperunt, d. l. 2. § 4. d. tit. de orig. jur.

de Legis actionibus. Vide Actionibus.

Legum XII. tabular. origo, & quis auctor fuerit earum ferendarum, l. 2. §. 4. & 7. D. de orig. jur. Vide & earum fragmenta, quæ adhuc ſuperſunt, ut paſſim apud varios auctores reperiuntur: à nobis huic juris civilis Enchiridio ſeu epitome adjecta. Vide præterea de iis nonnulla apud Cic. de legib. & paſſim aliis ejuſd. opuſculis, & apud Dionyſ. Halic. lib. 8. antiq. ac quidem Ræward. Rivalli. Oldendorp. & Hotom. etiam Cujacium, qui de iis ex profeſſo ſcripſerat.

de Legibus Regiis & Curiatis apud Roman. l. 2. §. 2. D. de orig. jur. vide & Balduin. Juriſconſ. tract. quem inſcripſit de Legib. Roman. item Manut. de legib. Romanis, ac quidem Hotom. indicem legum Romanar.

Magiſtri equitum ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas, l. 2. § 19. D. de orig. jur. & l. unic. D. de offic. Præf. Præt. lib. 1. tit. 11. Vid. & Hotom. in præd. ſua deſcr. Magiſtr. Rom. Canter. lib. 2. novellar. lect. c. 4. & Roſin. lib. 7. antiq. c. 18.

Papirianum jus civile quale, vid. ſup. vocem Jus.

de Plebiſcitis ſive Plebis populive placitis ac decretis, l. 2. §. 8. & 12. D. de orig. jur. Vide & Roſin. antiq. lib. 6. cap. 16. & lib. 8. cap. 1.

Pontificum collegium quantæ auctoritatis apud Roman. l. 2. §. 6. D. de orig. jur. vide & Cic. lib. 1. de orat. cap. 43. & 2. de legib. cap. 8. itemque Liv. lib. 9. hiſt. Rom. cap. 46. & Dionyſ. Halicarnaſ. lib. 10. antiq. Rom.

Præfecti Annonæ & Vigilum ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, l. 2. §. 33. D. de orig. jur. ac paſſ tot. t. 15. lib. 1. Digeſt. Vide & de iis l. mulierem. 13. D. de accuſ. Liv. lib. 4. cap. 12. hiſt. Rom. Sueton. in Auguſt. cap. 41. Dion. lib. 55 ac quidem Roſin. lib 7. antiquitat. cap. 34, item & t. 43. & 44. lib. 2. Cod.

Præfectus Urbi ut Romæ conſtitutus, & quale ejus munus, l. 2. §. 33. D. d. tit. de orig. jur. Vide & Sueton. in Aug. cap. 37. & Dionyſ. lib. 52. item paſſ. t. 12. lib. 1. Dig. Cornel. Tacit. lib. 6 Annal. cap. 10. &c. & Agell. lib. 4 cap. 7. ac quidem Hotom. in ſua d.

ta-

deſcript. Mag. Rom. ubi tria genera Præfectorum ſive Præfecturæ ubi tradit: Unum eorum ſcil. qui ſub Regibus & primis Conſulum temporibus extraordinarii Magiſtratus fuerunt. Aliud eorum qui poſterioribus temporibus, libera tamen adhuc civitate, ejus Magiſtratus procurationem habuerunt, qui & Præfecti urbi Latinarum cauſſa dicti ſunt. Tertium vero genus eorum, qui Imperatorum temporibus ordinarii Magiſtratus fuerunt. De officio autem Præfectorum Prætorio agitur paſſ. *t.* 26. *&* 27. Auguſtalis *lib.* 1. *t.* 37. *Cod.*

Prætores de Fideicommiſſo ſive Fideicommiſſarii, ut Romæ conſtituti: item & Prætores alii inter fiſcum & privatos jus dicentes: deque vario Prætorum munere, *d. l.* 2. §. 32. *D. de orig. jur. &* *l.* 2. *C. qui pot. in pign.* De Prætorum autem officio, vid. *paſſ. d. lib.* 1. *t.* 14. *D. itemque ejuſd. lib.* 1. *t.* 11. De hujuſmodi autem Prætore Fideicommiſſario agunt, Fabius *lib.* 3. & Paulus Juriſconſ. in *l. quæſitum.* 78. §. *penult. D. de legat.* 3. *&* *l.* 4. *in fin. D. quibus ad libert.* ac etiam Ulpian. in *l. ſicuti legatum.* 92. *D. de condit. & demonſt.*

Prætores ut plures Romæ conſtituti, quorum alii Urbani, alii Peregrini, alii etiam Provinciales dicti ſunt & quæ illorum auctoritas ſeu poteſtas, *d. l.* 2. §. 27. 28. 32. *& ſeqq. D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 6. Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Livii Epitom. *lib.* 14. Cic. *lib.* 3. *de legib.* Sueton. *in Auguſt. & Claud.* itemque Cyprian. *epiſtol. lib.* 2. De eorum officio. Vide *l b* 1. *tit.* 39. *Cod.*

Principum auctoritas quanta qualiſve in conſtitutionibus ſuis, *l.* 2. §. 11. *&* 12. *D. de orig. jur.* Vide & paſſ. *d. l. tit. Dig. & in eamd. l. DD.*

Prudentium auctoritas ut neceſſaria in juris interpretatione, *l.* 2. §. 5. *D. de orig. jur.*

Quæſtiones publicas ut primum Romæ inſtituiſſe Sulla Dictator dicatur, *d. l.* 2. §. 32. *d. t. de orig jur.* de Prætoribus etiam plura vide apud Interpretes *hujus* §. tam veteres quam neotericos: vide & *l. unic. lib* 1. *t.* 13. *D. de offic Prætor.*

Quæſtores Ærarii ut Romæ conſtituti, & quale illorum munus, *l.* 2. §. 22. *D. de orig. jur.* Vide & Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Liv. *lib.* 7. *hiſt. Rom.* Agell. *lib.* 13. *c.* 13. item & Jun. Graichan. *lib.* 7. *de poteſtatib.* & Sigon. *lib.* 2. *antiquit. Rom. cap.* 2. ac Hotom. *in præd. ſua deſcr. Magiſtr. Rom.*

Quæſtores Parricidii ut Romæ conſtituti, & illorum jus quale, *d. l.* 2. §. 23. *d. t. D. de orig. jur.* Vide & Feſt. in voce *Quæſtores.* & Hotom. *in d. ſua deſcript. Mag. Rom.* ubi & de Quæſtorib Provincialibus agit. De officio autem Quæſtoris, vide *lib.* 1. *t.* 13. *D.*

Regia manus ſeu poteſtas apud Rom. ut primum fuerit. *l.* 2. §. 1. *D. de orig. jur.* vide & Liv. *lib.* 1. Dionyſ. Halicarn. *antiq. lib* 2. *&* 4. Plutarch. *in vita Romuli.* item & Roſin *antiq. lib.* 7. *cap.* 3. ubi de Regum officio agitur.

Reges ut primi fuerunt Magiſtratus apud Roman. *l.* 2. §. 14. *D. de orig. jur.* De eorum vero auctoritate poteſtateve præter ea quæ traduntur hoc loco, vide & Sueton. *in Neron. cap.* 15. & Corn. Tacit. *lib.* 3. *annal.*

de Regiis legibus, vid. ſup. vocem *Legibus.*

Seceſſionis plebis Rom. à Patribus cauſa quæ, *l.* 2. §. 24. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib.* 2. Halicarn. *lib.* 6. *antiq.* & Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.*

de Senatuſconſultorum origine & auctoritate, *l.* 2. §. 4. *D. de orig. jur.* vid. & Agell. *lib.* 14. *cap* 7. ac quidem *lib.* 1. *t.* 3. *Dig.* ubi *de legibus & Senatuſconſ.* agitur, *lib.* 1. *t.* 16. *Cod.*

Tribuni Celerum ſecundi Rom. Magiſtratus, *l.* 2. §. 15. *D. de orig. jur.* Vide & Liv. *lib* 4. *hiſt. Rom.* Dionyſ. Halicarn. *lib.* 2. *antiq.* & Corn. Tac. *lib.* 1. *Annal.*

Tribuni militum ut Romæ conſtituti, & quæ illorum poteſtas, *l.* 2. §. 52. *D. de orig. juris.* Vide & Liv. *lib.* 4. *hiſt. Rom. cap.* 31. 57. Dionyſ. Halicarn. *lib.* 2. *antiq.* Veget. *lib.* 2. *cap.* 7. & Aſcon. Pædian. in *lib. Ciceron de divinat.*

Tribuni plebis ut Romæ conſtituti, & quæ illorum auctoritas ſive poteſtas, *l.* 2. §. 20. *D. de orig. jur.* Vide de iis præterea Liv. *lib.* 2. *cap.* 33. Dionyſ. Halicarn. *lib.* 6. *antiq. Rom.* Varron. *lib.* 4. *de ling. Lat.* Cic. *lib.* 3. *de legib.* Agell. *lib.* 13. *cap.* 12. & Aſcon. Pædian. *in Cornelia.*

Tribunitia lex de primis Regibus Rom. ejiciendis, *l.* 2. § 3. *D. de orig. jur.* vide & Feſt. *lib.* 17. & Liv. *lib.* 1.

Triumviri Capitales, Monetales: Quatuorviri viarum curatores: & Quinqueviri nocturni, ut Romæ conſtituti: & quale illorum jus muniſve, *d. l.* 2. §. 30. 31. *& ſeqq D. de orig. jur.* Vide & Feſt. *& in eumd.* Scaliger Varr. *lib.* 4. *de ling. Lat.* & Jacob. Ræyard. *lib.* 2. *varior. cap.* 18.

FINIS.

Digitized by Google

Ris 59 220
Biblioteca Episcopal
130300000
Digitized by Google